



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Guilherme Leite Chamum Aguiar

**A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E AS
INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.351/2010 – A LEI DO
PRÉ-SAL**

Brasília

2015

Guilherme Leite Chamum Aguiar

**A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E AS
INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.351/2010 – A LEI DO
PRÉ-SAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor Mestre Adriano
Drummond Cançado Trindade

Brasília

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: CHAMUM AGUIAR, Guilherme Leite.

Título: A persecução do interesse público e as inovações trazidas pela Lei nº 12.351/2010 – A Lei do Pré-Sal.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da apresentação: ____/12/2015.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Adriano Drummond Cançado Trindade (Orientador)

Professor Doutor Márcio Nunes Lório Aranha Oliveira

Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto

Professora Doutora Cristiane de Oliveira Coelho Galvão (Suplente)

Aonde quer que estejam,

A minha avó, Kafa Chamum, de quem herdo o sangue árabe, razão, talvez, do interesse pelo sangue negro que circula no chão de sua terra natal e faz pulsar sua história.

A meu avô, Paulo Aguiar, de quem levo a persistência e a determinação nordestinas que nunca me fizeram sequer cogitar qualquer desistência ou fracasso.

AGRADECIMENTOS

Em princípio, e por princípio, agradeço à minha família, à qual agradeço nas figuras de meus pais, Paulo e Marcela, meu irmão Gustavo e minha avó Maria Augusta, pelo incondicional e irrestrito apoio, colocando sempre em absoluta prioridade minha formação nesta nobre casa de Vitor Nunes Leal, ajudando-me a superar todas as dificuldades que surgiram ao longo do percurso. Mesmo com a distância, agradeço por nunca terem permitido que me sentisse sozinho por sequer um minuto ao longo dessa jornada.

Aos meus amigos, tanto os encontrados ao longo desses últimos cinco anos quanto os que carrego comigo desde as carteiras colegiais. Em especial agradeço aos irmãos que encontrei ao longo do curso de Direito, soldados com os quais conto para travar todas as batalhas vindouras e a quem dispenso igual lealdade.

Aos mestres e amigos Paulo Burnier e João Costa Neto, por quem, além da natural admiração desenvolvida ao longo dos semestres letivos por seus brilhantismos e dedicação, nutro profunda gratidão e afeto pela atenção sempre ofertada.

Aos primeiros tutores profissionais que tive, Rodrigo Marçal e Jeizon Silvério, por terem me apontado o caminho que desejo traçar na vida profissional e, principalmente, pelos valiosos exemplos éticos que me servem até hoje de inspiração na advocacia.

Ao nobre professor Adriano Drummond Cançado Trindade, por ter aceitado com dedicação, sabedoria e profundo altruísmo orientar-me no presente trabalho.

Por fim, aos professores Márcio Lório Aranha e Cristiane Coelho, por terem me honrado com a participação nessa empreitada, agraciando o momento com grande conhecimento e perspicácia, características ínsitas a ambos e que me fizeram buscar-lhes para integrar esse projeto.

RESUMO

A recente descoberta de grandes reservas de petróleo em jazidas localizadas após espessa camada de sal oceânico, região denominada de Pré-Sal, suscitou grandes expectativas na sociedade brasileira. Com o fim de lidar com as vastíssimas reservas de óleo descobertas, foram propostas diversas medidas pelo Estado, entre as quais a adoção de um novo regime jurídico para a tutela da exploração petrolífera na área do Pré-Sal consubstanciado no chamado “Novo Marco Regulatório do Petróleo”. Entre as três Leis integrantes do Novo Marco, destaca-se a Lei nº 12.351/2010, conhecida como Lei do Pré-Sal, por trazer uma gama de novos institutos e práticas para a atividade petroleira no Brasil. Assim, a partir de uma abordagem contemporânea e constitucional do conhecido “princípio da persecução do interesse público”, busca-se no presente trabalho analisar em que medida as inovações trazidas pela Lei nº 12.351/2010 se amoldam ao atendimento dos interesses da coletividade, sobretudo em comparação com o regime de exploração de petróleo estabelecido pela Lei nº 9.478/1997, único aplicável até a promulgação do Novo Marco. O objetivo deste trabalho, portanto, é servir de substrato para que se possa fomentar a discussão em torno da efetividade do regime jurídico escolhido pelo Estado para tutelar as reservas petrolíferas do Pré-Sal, sempre em atenção à necessária distinção entre os interesses públicos e os interesses da Administração e de seus integrantes.

Palavras-chave: petróleo; Pré-Sal; Lei nº 12.351/2010; interesse público; contrato de partilha de produção; Petrobrás; PPSA; Fundo Social; ANP; contrato de partilha de produção.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O PETRÓLEO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
3. A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: DELIMITAÇÃO E PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
3.1. Contornos históricos da persecução do interesse público pelo Estado.....	19
3.2. A persecução do interesse público na concepção e estruturação do Estado	23
3.3. A persecução do interesse público como princípio consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	25
3.4. A fluidez do termo “interesse público” e a intencionalidade de seu não exaurimento conceitual.....	30
3.5. A delimitação do núcleo duro do termo “interesse público” pelos preceitos constitucionais.....	34
4. AS INOVAÇÕES DA LEI DO PRÉ-SAL E A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.....	38
4.1 A participação obrigatória da Petrobrás nos Consórcios de Exploração do Pré- Sal	39
4.2. A Delimitação dos Blocos de Exploração	47
4.3 A Composição do Comitê Operacional do Consórcio.....	51
4.4. O Regime de Partilha da Produção	58
4.5. A Instituição do Fundo Social	62
4.6. A abrangência da aplicação da Lei.....	65
5. CONCLUSÃO: AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DO PRÉ-SAL VISAM A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO?	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

1. INTRODUÇÃO

“o petróleo é o principal combustível entre todos que põem em marcha o mundo contemporâneo, uma matéria-prima de crescente importância para a indústria química e o material estratégico primordial para as atividades militares. Nenhum outro ímã atrai tanto os capitais estrangeiros como o ‘ouro negro’, nem existe outra fonte tão fabulosa de lucros; o petróleo é a riqueza mais monopolizada em todo o sistema capitalista. Não há empresários cujo poder político se compare com o que exercem as grandes corporações petrolíferas.”
(Eduardo Galeano)¹

Difícilmente será possível dizer que algum insumo teve tanta importância para a história de um século como o petróleo teve para o século XX.

Talvez tenha sido o petróleo o primeiro recurso natural a ser explorado em escalas astronômicas ao redor de todo o mundo e num mesmo intervalo de tempo, de modo a criar uma rede mundial de interdependências político-econômicas numa velocidade jamais imaginada.

Desde as planícies iranianas até os campos norte-americanos, o óleo negro é drenado diuturna e religiosamente, de modo que nos últimos 100 anos não houve um só dia em que não tivesse sido retirado do solo um barril de petróleo ao redor do mundo.

No século XXI, apesar dos constantes esforços em se obter fontes alternativas de energia, o petróleo ainda desempenha um papel de protagonismo na geopolítica global.

O grupo extremista Estado Islâmico, por exemplo, sustenta grande parte de suas atividades com a venda de petróleo em valores abaixo do estabelecido

¹ GALEANO, Eduardo H. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2015 p. 209.

pelo mercado, tendo chegado já a um faturamento de 3 milhões de dólares por dia².

Não é por outra razão que também para o Brasil a exploração do petróleo constitui tema de valiosa importância, estando inserido num contexto global de centralidade do recurso natural.

Nesse contexto, a promulgação do mais novo Marco Regulatório do setor no Brasil, em uma realidade de descoberta de grandes jazidas do recurso em território nacional, atrai uma importância singular.

A criação de um regime próprio para a tutela da exploração petrolífera na região do Pré-Sal em substituição a um regime geral de concessão existente desde 1997, sobretudo dada a criação de institutos e práticas até então inéditos em nosso ordenamento jurídico, é um acontecimento marcante na história institucional de nossa nação.

Somado a isso, o grande potencial produtivo da área conclama a uma necessária dissecação das novidades trazidas pela Lei do Pré-Sal, tendo em vista o grande potencial de retorno social dessa riqueza descoberta.

Por tal razão, o presente trabalho visa a propiciar um debate crítico acerca do caráter das mudanças trazidas pela Lei do Pré-Sal tendo como parâmetro os interesses da coletividade, destinatária final e legítima das riquezas geradas pela exploração dos recursos naturais de propriedade estatal. A hipótese a partir da qual se trabalhará é a possibilidade de ter sido equivocada a edição de um modelo próprio para disciplinar a exploração do petróleo na área do Pré-Sal ao invés de alterações pontuais na legislação já vigente no país quanto à exploração petrolífera.

Assim, após preliminar contextualização acerca da evolução legislativa e constitucional referente à exploração petrolífera no Brasil, no segundo capítulo se passará à construção de um paradigma democrático e

² Disponível em <https://www.rt.com/news/201623-islamic-state-oil-manager/> e em <http://www.bloombergvew.com/articles/2015-08-27/oil-is-islamic-state-s-lifeblood>, acessados em 19/09/2015.

constitucional de interesse público. Para tal construção será analisado, em primeiro lugar, o histórico da utilização do termo “interesse público” na experiência estatal pós iluminista, seguindo-se a uma reflexão do papel da persecução do interesse público no âmbito estrutural do Estado contemporâneo. Ato contínuo, será procedida a identificação do princípio do interesse público no seio do paradigma constitucional brasileiro de 1988, para então ser discutida a intencionalidade da fluidez do conceito diante o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Política. Assim, ao fim do capítulo, será defendida uma delimitação conceitual do princípio da persecução do interesse público com base nos ditames constitucionais.

A partir dessa delimitação primária do princípio da persecução do interesse público no âmbito constitucional pátrio, no terceiro capítulo será procedida uma análise ponto a ponto das inovações mais relevantes trazidas pela nova Lei em cotejo com as disposições da Lei do Petróleo de 1997, buscando, ao fim, estabelecer a relação dos novos institutos com a persecução do interesse público e possibilitar uma resposta à seguinte questão: em que medida a Lei do Pré-Sal busca atender ao interesse público?

2. O PETRÓLEO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A história da exploração do petróleo no Brasil remonta, embrionariamente, à 1858, quando o Marquês de Olinda, em nome da Coroa, outorgou as primeiras concessões para a extração da substância conhecida como “*chalk betuminoso*”, utilizada principalmente para iluminação em lampiões, em regiões ribeirinhas do estado da Bahia³.

Contudo, foi apenas no final da década 1930 que foi possível a constatação da existência de petróleo em proporções aptas à realização de uma exploração em escala industrial.

Assim, a primeira Constituição Brasileira que efetivamente teve vigência sobre a atividade de exploração de petróleo foi a de 1934. Em tal texto constitucional ficava estabelecida a competência legislativa exclusiva da União sobre matéria de recursos minerais e demais riquezas do solo, bem como a necessidade de autorização ou concessão federal para a exploração de toda e qualquer mina ou jazida mineral⁴.

Já na Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, dado o cenário político da época, foi adotada uma política de progressiva nacionalização também em relação às reservas de recursos naturais e a outras fontes de energia⁵, as quais ainda dependiam de autorização federal para exploração

³ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 11.

⁴ Segundo o art. 119 da Constituição de 1934, “O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acessado em 20/09/2015.

⁵ De acordo com o art. 144 da Carta Política de 1937, “A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm, acessado em 20/09/2015.

econômica⁶. Ressalte-se, todavia, que não havia ainda qualquer previsão ou possibilidade de monopólio estatal dos recursos minerais. A maior inovação trazida à época foi a instituição do Conselho Nacional do Petróleo.

Com a criação do Conselho Nacional do Petróleo – CNP – em 1938, sob a batuta do Presidente Getúlio Vargas, iniciou-se um processo robusto de procura por jazidas economicamente viáveis para a exploração no território nacional, tendo sido o Campo de Candeias, na região da Bacia do Recôncavo Baiano, o primeiro com a viabilidade econômica para a exploração reconhecida, em 1941.

No bojo da Constituição de 1946 manteve-se basicamente a mesma estrutura e o mesmo tratamento em relação à exploração das riquezas naturais do país, merecendo destaque apenas a inclusão no texto da nova Carta de dispositivo que permitia à União, mediante lei especial, intervir no domínio econômico para exercer monopólio sobre determinada atividade⁷.

Nesse momento há que se destacar que, apesar da possibilidade constitucional de monopolização, o objetivo do Governo Vargas não era tomar posse das jazidas de petróleo, mas sim encontrar petróleo apto à exploração comercial no Brasil. Todavia, ao sancionar a Lei nº 2.004 de 1953, Vargas mudou de postura e, além de criar a estatal Petróleo do Brasil S.A. – Petrobrás - para promover a exploração das reservas de petróleo no país, instituiu também o monopólio do Estado sobre as reservas petrolíferas nacionais. O

⁶ “Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm, acessado em 20/09/2015.

⁷ A possibilidade ampla e irrestrita de monopolização estatal das atividades econômicas foi trazida pelo polêmico dispositivo do art. 146 da Constituição de 1946 e embasada numa suposta defesa do interesse público, cujo teor estabelecia que “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm, acessado em 20/09/2015.

exercício desse monopólio era levado a cabo pelo CNP e também pela recém-criada Petrobrás.

Tal monopólio abrangia a pesquisa e lavra das jazidas petrolíferas, o refino do petróleo no território nacional, o transporte marítimo do óleo bruto e de seus derivados desde que de origem pátria, o transporte por dutos do óleo bruto e seus derivados e também de gases raros de qualquer origem⁸.

Como era de se esperar, com a Carta Constitucional de 1967 o monopólio estatal da atividade petrolífera nacional passou a integrar o âmbito constitucional, mais precisamente no art. 162, onde ficava estabelecido que “*a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União*”⁹.

Em 1974, com a descoberta do Campo de Garoupa, o primeiro da hoje essencial Bacia de Campos, a exploração *offshore* maciça do petróleo se tornou uma realidade no país e redefiniu a dimensão da atividade petrolífera nacional.

Como decorrência, em meados da década de 1980 a Petrobrás já havia desenvolvido tecnologia hábil a permitir a exploração de poços de petróleo em alto mar em profundidades de até 3.000 metros¹⁰.

Nesse contexto há de se falar na tentativa do Governo de, em decorrência da crise do petróleo de 1973 ocasionada pela guerra árabe-sionista do *Yom Kippur*, estabelecer uma modalidade contratual com o setor privado para a exploração do petróleo no país conhecida como “contrato de risco”, que operavam como uma prestação de serviços operacionais para a

⁸ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 23.

⁹ Art. 162 da CF de 1967: “Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm, acessado em 20/09/2015.

¹⁰ FREIRE, Wagner. *Petrobras: das origens até os anos 1990*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 4-36.

operadora do monopólio estatal, a Petrobras¹¹. Tal modalidade de exploração contratual em associação com o setor privado, não obstante tenha contado com a participação de gigantes do setor petrolífero mundial, foi descontinuada pelo Governo por não ter resultado em descobertas satisfatórias de óleo¹².

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, além da manutenção do monopólio estatal na indústria do petróleo, seu texto original determinou também a inclusão no monopólio dos riscos e resultados inerentes à atividade petrolífera, sendo vedada, assim, a possibilidade de qualquer acordo que dissesse respeito à concessão de qualquer participação, mesmo que pecuniária, a particulares na atividade de exploração do petróleo, como faziam os “contratos de risco”¹³.

Na década de 1990, por outro lado, a promissora descoberta dos campos do Roncador, Espadarte e Caratinga deram a esperança da possibilidade de uma futura autossuficiência em relação ao petróleo no Brasil¹⁴, o que explica um movimento de flexibilização do monopólio estatal sobre o óleo e o início das rodadas de licitação de campos de produção dirigida pela ANP.

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 retirou do texto constitucional os trechos do dispositivo do art. 177 da Constituição que vedavam a cessão ou concessão a particular de qualquer modalidade de participação, seja em espécie ou em pecúnia, na exploração de petróleo e gás natural. Com tal ajuste do texto constitucional o monopólio estatal da exploração do petróleo no Brasil estava flexibilizado, não mais gozando a Petrobrás do privilégio de operar sozinha no setor.

¹¹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 24-25.

¹² BP, Shell e Exxon, 3 das chamadas “7 Irmãs da Indústria do Petróleo”, celebraram contratos de risco com Petrobrás em meados da década de 1970, sem terem tido êxito algum em suas empreitadas. Disponível em FREIRE, Wagner. *Petrobras: das origens até os anos 1990*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 19-20.

¹³ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 26.

¹⁴ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 19-20.

Com a possibilidade constitucional de flexibilização do monopólio estatal, surge a Lei nº 9.478 de 1997, a chamada Lei do Petróleo. Além da criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, a Lei regulamenta os contratos de concessão para exploração e produção de jazidas de petróleo a empresas estatais ou privadas.

Como medida inicial, confirmou-se o direito da Petrobrás em continuar a exploração de todos os campos de petróleo que já se encontravam em operação. Após, procedeu-se a chamada “Rodada Zero de Licitações, onde foram concedidos 397 novos blocos exploratórios à Petrobrás sem nenhuma concorrência.

A partir de então, em 1999 foram iniciadas as rodadas de licitações, conduzidas pela ANP e realizadas sob a égide da livre concorrência entre as empresas interessadas para a obtenção das concessões. A União não deixa, contudo, de manter seu monopólio sobre o setor, mas passa apenas a oferecer blocos de exploração para empresas públicas e privadas por meio de licitação.

De acordo com o regime estabelecido, após vencida a licitação por meio da melhor oferta em bônus de assinatura do contrato associado ao Programa Exploratório Mínimo e ao Conteúdo Local, o petróleo explorado passa para a propriedade do concessionário, sendo a União compensada por meio do pagamento de royalties e tributos.

Tal regime jurídico vigeu absoluto na regulamentação do setor no Brasil até a descoberta de jazidas de petróleo no litoral brasileiro localizadas na região geológica denominada de Pré-Sal.

A descoberta de indícios de petróleo na camada do pré-sal do litoral brasileiro, numa região que se estende do estado do Espírito Santo até o estado de Santa Catarina, foi anunciada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP em meados de 2006.

Em resposta, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE – determinou, no início de 2007, que fossem retirados 41 blocos localizados na

área do Pré-Sal da 9ª Rodada de Licitações do Petróleo, justificando o ato pela necessidade de preservação dos interesses nacionais¹⁵.

Desde então, os rumos da exploração do petróleo localizado na região do Pré-Sal vem tomando papel de destaque nos cenários político, econômico e jurídico do Brasil, sempre envolvidos em muitas polêmicas, inovações, especulações e expectativas.

Tem-se, por exemplo, o chamado “Novo Marco Regulatório do Petróleo”, composto pelas Leis nºs 12.276/2010 (contrato de cessão onerosa), 12.304/2010 (criação da Pré-Sal Petróleo S.A.) e 12.351/2010 (Lei do Pré-Sal), promulgadas com o fim de estabelecer uma reforma legal no setor petrolífero brasileiro. Tal Novo Marco Regulatório, apesar de não revogar o regime de concessão tutelado pela Lei nº 9.478/97, que continua a ser o utilizado como regra geral, estabeleceu um regime jurídico próprio a ser aplicado aos contratos entabulados para a exploração petrolífera na região do Pré-Sal.

Dentre as inovações legais trazidas em resposta à descoberta das reservas de petróleo de grande potencial econômico na região do chamado Pré-Sal, destaca-se a criação de um regime jurídico inédito e extremamente singular para disciplinar a exploração do hidrocarboneto fluido naquela área, bem como as receitas geradas pela atividade: a Lei nº 12.351 de 22/12/2010.

A diferença mais marcante do regime de partilha em cotejo com o regime geral do contrato de concessão é, sem dúvidas, *“que no contrato de concessão pagam-se tributos e royalties; e a propriedade do óleo é do concessionário”*, enquanto *“nos contratos de partilha da produção, o petróleo é da União, os custos de exploração e desenvolvimento são compensados e o lucro em óleo é repartido entre a União e os partícipes do contrato”*¹⁶.

Três anos depois da promulgação da Lei, em outubro de 2013, foi realizado o leilão do primeiro campo de petróleo a ser operado sob o recém

¹⁵ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 28.

¹⁶ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 32.

criado regime da Lei do Pré-Sal, havendo um único consórcio a apresentar proposta para a exploração do campo de Libra, o maior campo de petróleo existente na região do Pré-Sal brasileiro¹⁷.

Assim, a falta de interesse comercial das empresas do setor petrolífero justamente na maior fatia do Pré-Sal brasileiro, bem como outros pontos e experiências mais a frente levantados – como a presença da Petrobras como operadora obrigatória -, inevitavelmente levam a um sério questionamento acerca dos reais objetivos e efeitos da Lei nº 12.351/2010. Afinal, o inédito regime jurídico instituído pela novel legislação busca efetivamente atender aos interesses públicos?

Para enfrentar tal questionamento, contudo, temos que nos debruçar primeiramente sobre o que se pode entender como “interesse público” na atual realidade institucional brasileira, para assim realizar a aferição necessária dos dispositivos introduzidos pela Lei do Pré-Sal e verificar em que medida as novidades instituídas se amoldam ao objetivo da busca do interesse público.

¹⁷ Em 21/10/2013 o consórcio formado pelas empresas Petrobras (operadora obrigatória), Shell, Total, CNPC e CNOOC venceu o primeiro leilão do Pré-Sal sob o regime de partilha, oferecendo à União 41,65% (percentual mínimo fixado pelo edital) do excedente em óleo, e pagando bônus de assinatura em R\$ 15 bilhões. Disponível em g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/consorcio-formado-por-petrobras-e-mais-4-empresas-vence-leilao-de-libra.html acessado em 20/9/2015.

3. A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: DELIMITAÇÃO E PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. Contornos históricos da persecução do interesse público pelo Estado

Provavelmente nenhuma outra expressão foi preenchida no decorrer da ainda curta história dos Estados Nacionais – sejam Liberais, de Bem Estar Social ou Democrático de Direito – com uma variedade tão grande de significados como o “interesse público”.

Infelizmente, as experiências mais marcantes da flexível utilização do termo nos remetem a práticas autoritárias e arbitrárias tomadas por governos que necessitavam de justificativa legal e legitimação para práticas de flagrante submissão da sociedade civil.

Tem-se, por exemplo, a utilização do termo para fundamentar a “disciplina e restrição, em favor dos interesses públicos, dos direitos e liberdades individuais mediante medidas restritivas em benefício do bem estar da coletividade e da preservação do próprio Estado” sob a égide da Ditadura Militar no Brasil¹⁸.

A partir da chamada Doutrina da Segurança Nacional¹⁹, o interesse público foi suscitado como legitimação a todo tipo de prática autoritária, muitas vezes tomadas não só à margem da lei mas também em confronto à ordem jurídica estabelecida.

Cita-se, como ilustração, “a censura e outras medidas de polícia administrativa, preventivas ou repressivas, para impedir ou coibir a divulgação

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 61, n. 445 p. 288-289, 1972.

¹⁹ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p 142.

da ideia ou da imagem atentatória da moral ou incitadora da desordem que afeta a segurança pública”²⁰ previstas na Lei de Imprensa vigente à época.

Nesse contexto, o interesse público operava como verdadeira cláusula para justificar a inobservância à legislação e aos direitos individuais pelo Estado, um álibi para a arbitrariedade estatal. Muito disso se deve ao misticismo da expressão, o qual decorre da inexistência de uma delimitação clara e objetiva de seu significado.

É dizer, ante o desconhecimento de seu significado e a dificuldade de se chegar a um conteúdo claro, dentro do termo “interesse público” cabia tudo aquilo que ali desejasse inserir o detentor do poder.

Tal concepção de interesse público como submissão absoluta do administrado ao Estado se fundamenta na doutrina francesa do *puissance publique* e se materializa na confusão entre o interesse da coletividade e o interesse dos entes administrativos²¹. Nessa esteira, o interesse público é violentamente resumido ao interesse dos detentores do poder de administração, criando-se a fantasia de que seriam eles os interlocutores fiéis dos interesses da coletividade. Como consequência, os interesses do Estado seriam o legítimo interesse público, devendo ser perseguidos pela Administração e impostos à sociedade civil.

A polêmica envolvendo a perseguição do interesse público como autorização para o descumprimento de preceitos e garantias individuais ainda encontra guarida na atualidade e não integra apenas a história institucional brasileira.

O conhecido *Patriot Act* norte-americano, lei americana embasada no interesse público de manutenção e garantia da segurança nacional num contexto de guerra ao terrorismo, garantiu ao Estado um extenso rol de

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 61, n. 445 p. 297, 1972.

²¹ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p 39-40.

hipóteses em que diversas garantias individuais, inclusive protegidas pela Constituição dos EUA, poderão ser desrespeitadas independentemente de autorização judicial²².

Contudo, tal aplicação do termo “interesse público” não tem mais a mesma facilidade e naturalidade de aceitação entre as comunidades jurídicas hodiernas.

Isso porque o preenchimento da expressão com os interesses dos detentores do poder estatal cria trincheiras autoritárias que não são mais toleradas diante do paradigma estatal vigente – Estado Democrático de Direito.

Ao limitar o interesse público ao interesse dos agentes estatais e permitir que tais vontades se sobreponham aos direitos e garantias individuais, o que se faz é criar uma institucionalização para o cotidiano de algo que deveria ser a exceção à regra no processo democrático.

No modelo do Estado Democrático de Direito as garantias individuais representam um núcleo sagrado que deve ser protegido ao máximo e otimizado na aplicação concreta, de modo que qualquer tolhimento deva ser excepcional e ponderado²³.

Assim, a relativização dos direitos constitucionalmente protegidos não é mais aceita mediante uma simplória e arbitrária utilização do pretexto de busca de um interesse público desprovido de fundamentação coerente democraticamente e de legitimação normativa imediata.

Dada a patente incompatibilidade entre a noção até então aceita como conteúdo possível de delimitação do interesse público e o atual paradigma

²² De acordo com a referida lei, o Poder Executivo dos EUA detém autoridade para interceptar todas as comunicações eletrônicas que julgar relacionadas ao terrorismo (Sec. 201), bem como para apreender mensagens de voz (Sec. 209), interceptar comunicações entre computadores (Sec. 217) e deter todo e qualquer suspeito de terrorismo mesmo sem acusação formal (Sec. 412). Disponível em <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c109:6:./temp/~c109t7j6Qs>, acesso feito em 20/10/2015.

²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel . *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

estatal, voltam-se diversos autores contemporâneos a uma redefinição do leque de possibilidades de significado do termo que seja adequado ao atual momento.

Nesse sentido há que se mencionar os brilhantes trabalhos desenvolvidos por uma nova geração de acadêmicos brasileiros. Destacam-se os esforços de Daniel Wunder Hachem em propor uma concepção de interesse público praticamente indissociável dos interesses particulares²⁴; a proposta de Bruno Fischgold de uma concepção procedimental de interesse público²⁵ bem como a tese ponderação dos interesses da coletividade em relação à ordem constitucional antes da operacionalização da persecução do interesse público elaborada por Emerson Affonso da Costa Moura²⁶.

Juntam-se a essa busca outros doutrinadores de igual gabarito e relevância para o tema, como Gustavo Binimbojm²⁷, Luís Roberto Barroso²⁸, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ e Daniel Sarmento³⁰.

Contudo, como pode indicar a multiplicidade de autores citados, ainda não existe consenso na doutrina acerca de uma resposta para a questão da delimitação do que pode ser entendido como interesse público no atual paradigma estatal.

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

²⁵ FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁶ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público*. Revista Fórum de Direito Administrativo, ano 13, n. 148 jun/2013.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As categorias de interesse na constituição de 1988* in Revista Forense, n 37, v. 85, 1989.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O que se percebe, portanto, é que a dificuldade em se conceber uma definição final, unitária, clara e objetiva do conceito de “interesse público” é uma questão ainda não superada.

Apesar das diferenças existentes entre os diversos autores quanto à concepção que deve ser dada ao termo “interesse público”, a maioria esmagadora da doutrina contemporânea concorda no seguinte ponto: a impossibilidade de se conceber um Estado Democrático de Direito alheio à ideia da busca do interesse público no âmbito da atuação estatal.

As razões tanto desse insucesso quanto da importância do termo para a doutrina pátria podem ser encontradas, talvez, a partir de uma reflexão acerca do papel do interesse público no fenômeno estatal.

3.2. A persecução do interesse público na concepção e estruturação do Estado

A persecução de um interesse público, independentemente dos exatos contornos de seu conteúdo, parece se mostrar, *prima facie*, como finalidade primeira da lógica de união de seres humanos em torno do estabelecimento de um Estado nos moldes iluministas³¹.

É a partir da ideia de alcançar objetivos caros à coletividade, porém impossíveis ou muito difíceis de serem realizados isoladamente pelos indivíduos, que se mostra atrativa a alternativa de sujeição a um ente holístico composto pela coletividade, mas, sem contradição, maior e mais forte que a simples soma dos cidadãos que o integram.

Por meio desse contrato social abrem mão os indivíduos da parcela de suas liberdades e potências em benefício da formação de um ente – o Estado –

³¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

capaz de levar a cabo o cumprimento e a operacionalização de objetivos e preceitos fundamentais para a sociedade, tanto para o grupo em si como para cada um dos indivíduos.

Entre os clássicos exemplos de objetivos comuns almejados pela sociedade, porém inviáveis de serem satisfeitos individualmente, os quais fundamentaram a união social em torno de um ente estatal, podem-se citar: a defesa contra outros indivíduos, ao qual o Estado responde com a implementação de forças armadas; a garantia da propriedade de cada indivíduo sobre seus bens bem, viabilizada pela criação de um sistema legal e de uma administração da justiça; a resolução de conflitos entre os indivíduos de maneira célere e o menos danosa possível para os envolvidos, cuja resolução é dada pela criação de uma máquina judiciária responsável por aplicar as leis; entre outros diversos casos³².

Pelo exposto, não parece absurdo ou infundado defender que o modelo de Estado proposto a partir do movimento iluminista tem como objetivo primordial justamente a persecução de interesses coletivos da sociedade administrada.

A busca por tais interesses coletivos, finalidade precípua do Estado, é o que evidencia a clara obrigatoriedade da persecução do interesse público no bojo do Estado de Direito, sobretudo o de cunho democrático.

Isso porque, nas palavras de Costa Moura:

*“O interesse público, embora seja expressão que abrange múltiplas demandas, liga-se a uma chave-mestra fundamental: a realização das necessidades da coletividade. A intervenção do estado na sociedade mediante o exercício da atividade administrativa ocorre, portanto, apenas na medida do necessário para garantir de forma eficaz a realização do bem comum”*³³.

³² PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.

³³ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 46.

O dito interesse público, portanto, nada mais é que a síntese dos interesses da coletividade perseguidos pelo Estado.

Nesse sentido, mostra-se claro a persecução do interesse público como princípio fundamental do paradigma atual de Estado.

Princípio, eis que é a partir dele, da busca do bem comum à sociedade, que se estabelece a finalidade do Estado. Fundamental também, tendo em conta que é em vistas da consecução desse fim comum que se firma o contrato social, que é fundado, então, o Estado.

É inegável, pois, que a persecução do interesse público é comando primeiro e perpétuo do ente estatal, fim que justifica a própria existência do Estado, não havendo como ser alijado tal objetivo de sua atuação.

3.3. A persecução do interesse público como princípio consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Em consonância ao supramencionado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez questão de explicitar claramente e em diversas passagens de seu texto o papel central da persecução do interesse público no bojo de um Estado Democrático de Direito, tal qual como o nosso país se propõe a ser³⁴.

³⁴ Já no preâmbulo da Carta Política de 1988 o Constituinte assevera a intenção de instituir-se um Estado Democrático de Direito: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir um Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015.

A presença da persecução do interesse público como princípio em nossa atual Constituição pode ser extraída tanto de uma cláusula geral quanto de outras regras que, não obstante sejam mais específicas, apresentam a mesma essência da primeira e reforçam não só a existência do princípio como sua centralidade na atividade estatal³⁵.

A mencionada cláusula geral pode ser localizada no art. 3º, inciso IV, da Carta Política de 1988 onde se consagra como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*³⁶.

O texto constitucional, particularmente nessa reveladora passagem, institui como um dos pilares do Estado Brasileiro, como um dos objetivos que fundamentam a constituição de nossa República, a persecução do interesse público, ali identificado na expressão *“promover o bem de todos”*.

Ora, veja-se que o dispositivo constitucional em tela se refere claramente a uma noção de persecução do interesse público ligada à promoção do bem da coletividade, excluindo assim qualquer possibilidade de futura apropriação do termo “interesse público” para fins autoritários e antidemocráticos ou para uma camuflagem da chamada “vontade do Príncipe”.

Com essa redação, verifica-se claro óbice à eventual confusão entre “interesse público” e termos como “vontade da máquina administrativa”, “anseios dos detentores do poder” ou mesmo “desejo da maioria”. O texto é claro: perseguir o interesse público é buscar promover o bem de todos, não o

³⁵ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 200.

³⁶Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

só da maioria e muito menos o de alguns que se encontram no exercício da Administração Pública³⁷.

Como se não bastasse a clara referência à persecução do interesse público como princípio fundamental instituído em nossa Constituição de 1988, o Constituinte fez questão de fazer constar o citado princípio em diversos outros dispositivos do texto, não mais em uma fórmula geral – o que seria redundante ante o já disposto no inciso IV do art. 3º -, mas em regras específicas que inclusive orientam a aplicação do princípio.

Cite-se, por exemplo, o art. 193 da CRFB de 1988, onde se define como um dos objetivos da ordem social o bem-estar social, o qual perfeitamente identificável com o bem de todos nesse contexto e, em consequência, também com a busca do interesse público³⁸.

Já no art. 127 da Carta Política, o Constituinte faz constar novamente a persecução do interesse público para ao seu redor estabelecer as atribuições do *Parquet* no bojo da República, incumbindo-lhe de zelar pela defesa dos interesses sociais³⁹. Novamente, pode-se vislumbrar no texto constitucional a clara intenção de se explicitar a importância da defesa dos interesses da coletividade pelo aparato estatal.

Encontra-se menção ao princípio da persecução do interesse público também na delimitação constitucional das hipóteses de desapropriação do

³⁷COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 200.

³⁸Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."

³⁹Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

inciso XXIV do art. 5º, figurando termos como “necessidade ou utilidade pública” e “interesse social” como razões legitimadoras da medida⁴⁰.

As alusões à centralidade da busca do interesse público e seus correspondentes nas diversas hipóteses de atuação estatal citadas na Constituição de 1988 permeiam outros diversos dispositivos do texto constitucional, de modo que se mostra clara sua previsão constitucional⁴¹.

Assim, é possível notar que, dada sua farta presença ao longo do texto político, o princípio da persecução do interesse público, nas irretocáveis palavras de Emerson Affonso da Costa Moura,:

“Atua como um dos princípios diretivos da ordem social e econômica, que orienta a competência comum e a cooperação dos entes federativos na realização dos fins estatais, bem como de órgãos constitucionais, sendo previsto em inúmeras outras regras constitucionais”, além daquela geral, “que consagram a prossecução do interesse público como uma das finalidades da sociedade política, ainda que sob o desígnio de interesse nacional ou bem comum”⁴².

Foi demonstrado, portanto, não haver dúvida alguma acerca da previsibilidade constitucional do princípio da persecução do interesse público no âmbito do Estado Brasileiro. Resta, assim, evidenciada a previsão jurídica do instituto em nosso ordenamento jurídico, ultrapassando o *status* de mera abstração intelectual e revelando-se o referido princípio como verdadeira norma constitucional. E não podia ser diferente.

⁴⁰Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: “ XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação *por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social*, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”.

⁴¹Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: Art. 5º, XXIX e XXXIII; Art. 12, § 4º, I; Art. 23; Art. 37, IX; Art. 52, V; Art. 57, § 6º, I e II; Art. 148, II; Art. 170; Art. 172; Art. 176; Art. 184; etc.

⁴²COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 201.

Conforme já dito, a organização social em torno de um ente superior com o objetivo de se alcançar os objetivos de todos é o fundamento percussor do Estado moldado em ideias pós-absolutistas.

Por outro lado, o afastamento do termo “interesse público” dos simples anseios e arbítrios dos detentores do poder estatal é elementar para a formação de um Estado Democrático de Direito que se afaste de práticas totalitárias e personalistas e se aproxime dos interesses coletivos democraticamente legitimados por seu povo⁴³.

Assim, ao conferir papel central à persecução do interesse público em seu texto constitucional, bem como ao afastar o princípio de qualquer deturpação de ordem autoritária ou autocrática, o Constituinte de 1988 reafirma a pretensão do Estado Brasileiro em se desenvolver nas bases democráticas contemporâneas.

Ultrapassada a questão acerca da natureza da persecução do interesse público no âmbito constitucional, há que se voltar agora à questão central em torno da delimitação do conteúdo do princípio da persecução do interesse público em nossa ordem jurídica.

Afinal de contas, o que caberia dentro de termos como “bem de todos”, “vontade da coletividade”, “bem-estar social” ou “Interesse público”?

É sobre essa problemática que se passa a se debruçar nesse momento.

⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

3.4. A fluidez do termo “interesse público” e a intencionalidade de seu não exaurimento conceitual

Apesar da Constituição Brasileira de 1988 prever expressamente o comando que institui a persecução do interesse público como princípio basilar do Estado, não se vislumbra no texto constitucional nenhuma delimitação precisa do que possa se entender como “interesse público”.

Afinal de contas, o que o Constituinte ansiava expressar exatamente quando fazia constar no texto político termos como “bem de todos”, “interesse geral”, “bem-estar social”, “interesse público”, etc?

Pode causar estranheza, num primeiro momento, a constatação de que uma Constituição tão analítica quanto à nossa tenha se olvidado de trazer uma definição exata do significado de um dos termos mais emblemáticos ali presentes. Contudo, após uma análise mais detida, tal angústia se demonstra apenas aparente.

Isso porque, na esteira do pensamento jurídico positivista, parece imperativa a existência no ordenamento jurídico de um aparato conceitual claro e precisamente delimitado que permita ao operador do direito aplicar a norma ali descrita sem a necessidade de profundas reflexões ou maiores questionamentos.

Contudo, no modelo jurídico atual, notadamente de compromisso democrático e principiológico, a realidade se mostra distinta.

Num Estado Democrático de Direito de natureza essencialmente pluralista como o nosso, a definição de um único e imutável conceito de interesse público seria explicitamente incompatível com o modelo estatal eleito.

Caso a Carta Política de 1988 instituísse um conceito único, limitado e imutável do que poderia ser entendido como “interesse público”, estaria, na verdade, elegendo um interesse único e momentâneo de uma parcela específica da sociedade como o legítimo fim do Estado.

Dessa forma todos os demais interesses das demais parcelas da sociedade, existentes ou vindouros, estariam institucionalmente aliados da proteção constitucional de sua perseguição estatal. É dizer, só seria entendido como interesse público, como vontade da coletividade, aquele interesse do setor da sociedade detentor do poder político naquele momento específico da história.

Contudo, conforme já visto, a Constituição da República vigente jamais daria azo a esse tipo de conduta. A uma, porque o interesse público é claramente identificado com o bem de todos, rechaçada qualquer aproximação do conceito da simples vontade da maioria ou dos anseios dos detentores do poder. A duas, porque já no preâmbulo da Carta de 1988 há clara menção ao pluralismo como um dos valores supremos da República⁴⁴.

Assim, restringir o conteúdo de interesse público a uma única e imutável noção seria violência imperdoável ao pluralismo defendido pela Constituição de 1988, bem como afronta à identificação feita no texto constitucional entre interesse público e bem de todos.

Ademais, limitar o conceito a uma ideia específica de um determinado período histórico igualmente obstaría o ideal pluralista da Carta Magna, uma vez que seria impedimento do preenchimento do conceito de “interesse público” com as vontades das sociedades futuras. Se fosse essa a hipótese, correríamos o risco de ter uma sociedade refém exclusivamente dos interesses do passado e mera expectadora de sua própria história⁴⁵.

⁴⁴Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm e acessado em 23/10/2015: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir um Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos de uma sociedade** fraterna, **pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In *Interesse Público*, nº 11. Porto Alegre: Notadez, p. 42-73, julho de 2001.

É justamente para garantir a aplicação do princípio da persecução do interesse público como meio de alcançar o bem de todos e a vontade da coletividade que o Constituinte de 1988 sabiamente optou pela fluidez do termo “interesse público” e de seus demais correspondentes.

Ao conferir certo grau de indeterminação ao termo⁴⁶, o ordenamento permite que seu conceito possa ser preenchido com uma diversidade de conteúdos que possibilitem o atendimento de interesses plurais oriundos dos mais diversos grupos que integram a sociedade, de modo a efetivamente permitir que o fim do Estado seja alcançar o bem de todos, sem discriminação.

Agindo assim, o Constituinte garantiu a abertura necessária ao termo para que o princípio da persecução do interesse público possa se adequar aos dogmas fundamentais de uma democracia pluralista e igualitária que possa efetivamente buscar uma ideia de bem-estar social a mais abrangente possível.

O conceito de “interesse público”, portanto, deve ter sua delimitação traçada por meio de escolhas democráticas da sociedade, de modo que realmente possa se identificar com o interesse da coletividade no caso concreto.

Nesse ponto, é de grande pertinência o que professa Bruno Fischgold, segundo o qual *“o interesse público não tem um conteúdo a priori; ele é o resultado de procedimentos democráticos de criação, execução e aplicação do direito”*⁴⁷.

Após afastar a ideia de uma predeterminação hermética do conteúdo do interesse público, continua o autor a defender a ideia de inadequação do enrijecimento do conceito e da apropriação do termo por grupos específicos ao paradigma democrático pluralista atual:

⁴⁶ Tal grau de indeterminação, contudo, não é absoluto, conforme será trabalhado no próximo tópico do capítulo.

⁴⁷ FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 124.

“Em uma democracia constitucional, nenhuma instância pode ser ‘senhora’ da definição do interesse público. Compete à sociedade como um todo decidir, de acordo com regras predeterminadas, quais são os interesses, individuais e coletivos, merecedores da tutela do Direito.”⁴⁸

Não obstante o foco da obra citada seja a defesa de um critério procedimental para a aplicação do princípio da persecução do interesse público, é de grande valia sua contribuição para o fortalecimento de uma ideia de interesse público construído pluralmente e democraticamente pela própria sociedade e em consonância com os anseios decorrentes de cada momento histórico⁴⁹.

Pode-se concluir, enfim, que a abertura conceitual ao termo “interesse público” dada pelo Constituinte não decorre de desídia legislativa, mas sim de clara intenção do em se adequar satisfatoriamente o princípio da persecução do interesse público à natureza democrática da Constituição de 1988.

Tal abertura, contudo, não pode ser confundida com indeterminação absoluta. Em consonância ao já citado, há sim parâmetros que delimitam a aplicação do conceito de “interesse público” com base nos dogmas democráticos aos quais está o Estado submetido.

Assim, o conteúdo de “interesse público” pode não ser fechado em torno de um conceito estático, mas pode, por outro lado, ser delimitado ao redor de um núcleo duro de conhecimento possível, o qual servirá de norte quando da aplicação do princípio da persecução do bem geral.

E serão justamente esse mencionado núcleo duro do conceito, bem como o modelo de delimitação possível do termo no ordenamento jurídico pátrio os objetos de estudo do próximo e derradeiro tópico do presente capítulo.

⁴⁸ FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 125

⁴⁹ FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 126

3.5. A delimitação do núcleo duro do termo “interesse público” pelos preceitos constitucionais

Inicialmente cabe esclarecer que nesse trabalho não se busca, em absoluto, exaurir a discussão acerca da delimitação do conceito de “interesse público”. Conforme se pode perceber pela extensão do presente capítulo, a temática em discussão é rica o suficiente para justificar, por si só, a realização de uma pesquisa autônoma.

Assim, ao contrário do navegador espanhol Ponce de León, que no século XVI despendeu todos seus esforços para encontrar a lendária Fonte da Juventude até sucumbir sem êxito na baía de Havana⁵⁰, não se tem a hercúlea pretensão – ou ilusão - de se esgotar o tema no presente escrito apresentando panaceia para todas as controvérsias debatidas atualmente.

Contudo, dada a centralidade da questão para o desenvolvimento do modesto trabalho que aqui se elabora, não há como fugir de uma delimitação, mesmo que básica, do conteúdo cabível dentro do âmbito do princípio constitucional da persecução do interesse público.

A delimitação buscada para se encontrar esse núcleo duro do conceito, essa orientação para a aplicação do princípio persecutório, reside na própria Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, causaria estranheza se no bojo de uma Constituição claramente dirigente como a Carta de 1988 não estivessem presentes orientações gerais a serem seguidas pelo Estado por ela constituído.

Ademais, os princípios, garantias e direitos eleitos pelo Constituinte para integrarem o texto constitucional nada mais são que interesses coletivos

⁵⁰ CAMPINA GRANDE, Universidade Federal de. Biografia de Juan Ponce de León. Disponível em www.ufcg.edu.br/biografias/JuanPLeo.html acessado em 29/10/2005.

democraticamente escolhidos pela sociedade como interesses de caráter público.

Ao inserir determinado direito, garantia ou princípio na Carta Política, os representantes do povo democraticamente eleitos para a confecção da Constituição lhe conferem proteção absoluta e perenidade no âmbito estatal, integrando o dispositivo em questão à própria essência daquele Estado que se está constituindo.

Ora, não como negar que, ao proceder dessa maneira, o Constituinte elege aquele princípio, garantia ou direito como de interesse da sociedade que integra o Estado Democrático de Direito em constituição⁵¹.

A Constituição funciona, assim, como compêndio legítimo de interesses coletivos eleitos pela sociedade por meio de um procedimento democrático – o processo constituinte – para figurarem como interesses públicos e, portanto, objetivos da atuação estatal.

Isso porque, nas palavras de Costa Moura, *“uma vez tutelados pela ordem constitucional, os direitos fundamentais são tidos como interesses públicos permanentes ao revés das outras necessidades coletivas que são variáveis de acordo com a alternância democrática”*⁵².

É por essa razão que se pode afirmar, sem maiores problemas, que o núcleo duro do termo “interesse público” se constitui pelos princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Em relação a essa constatação, Costa Moura novamente nos auxilia ao elucidar que:

⁵¹ É exatamente nesse sentido que Bruno Fischgold defende que *“devem ser consideradas de interesse público, pois, as questões que os indivíduos, no exercício discursivo da autonomia cidadã, julgarem merecedoras da proteção do sistema normativo.”* (FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 126)

⁵² COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 155.

“os direitos fundamentais enquanto veiculadores de bens essenciais à sociedade acabam se identificando com o interesse público, formando uma parte deste e constituindo o seu ‘núcleo duro’, ao qual cabe aos poderes públicos e a Administração em concreto, a sua proteção – abstendo-se de condutas que gerem a sua violação – e promoção, tendo-os como ‘guia de sua atuação’ garantindo sejam ‘reais e eficazes’ ”⁵³.

Assim, diz-se núcleo duro do conceito porque parece ser fundamento essencial do termo na atual realidade constitucional. Ademais, é indiscutível que os preceitos constitucionais se configuram como imperativos da atuação estatal, ou seja, como interesses públicos natos.

Os requisitos para identificar o núcleo duro do conceito de “Interesse público” no conteúdo dos preceitos constitucionais parecem ter sido atendidos: os preceitos constitucionais foram democraticamente eleitos pela sociedade como de interesse coletivo e institucionalmente protegidos; os preceitos constitucionais vinculam expressamente a atuação estatal; e os preceitos constitucionais não se identificam com a mera arbitrariedade administrativa, mas possuem conteúdo próprio.

Encontra-se, portanto, na referência aos preceitos constitucionais o norte a ser utilizado na bússola estatal para orientar a persecução do interesse público.

Dessa feita, à medida que determinado expediente administrativo se afaste ou se amolde aos preceitos constitucionais, interesses públicos por excelência, poderá ser aferido em que grau atende ao princípio da persecução do interesse público.

Da mesma forma poderá ser efetuado em relação à análise dos atos emanados do Legislador Ordinário e do Poder Judiciário, eis que ambos estão também vinculados aos princípios gerais da administração pública, uma vez que são integrantes do aparato estatal, devendo seus atos orientarem-se igualmente pela máxima da busca do bem de todos.

⁵³ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 154.

Assim, pode-se também verificar, por exemplo, se determinada lei que determina a desapropriação de certa área orienta-se pela persecução do interesse público ou se determinada decisão judicial que obriga o Poder Executivo a fornecer certa droga a um cidadão atende à busca do bem-estar da coletividade.

Percebe-se aqui que já se vislumbra um marco para a verificação do atendimento ou não do princípio da persecução do interesse público, não obstante não terem sido exauridos os limites do conceito-chave.

Reitere-se que não se está a dizer que apenas os preceitos constitucionais preenchem os requisitos de enquadramento como interesse público, mas constituem seu núcleo duro, sendo indiscutível a obrigação estatal de persecução dos mencionados preceitos. Não se busca negar a abrangência do interesse público a interesses coletivos externos ao texto constitucional, mas busca-se sim identificar um campo mínimo de certeza conceitual para o termo.

São por essas razões que, no bojo do presente trabalho, o conceito de “interesse público” será trabalhado com base nas delimitações trazidas pelos preceitos constitucionais, restringindo-se a utilizar a acepção fundamental do termo, seu núcleo duro.

Dessa forma, ao fazer referência ao atendimento ou não ao princípio da persecução do interesse público, estará a se tratar da busca, da proteção e da promoção dos princípios, garantias e direitos presentes na Constituição Federal de 1988.

Feita a imprescindível calibragem para a aferição do atendimento ou não ao princípio da persecução do interesse público e encontrado o norte a ser utilizado como referência nessa empreitada, passa-se finalmente à análise concreta do atendimento ao princípio no âmbito da Lei nº 12.351/2010 – Lei do Pré-Sal.

4. AS INOVAÇÕES DA LEI DO PRÉ-SAL E A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A Lei nº 12.351/2010 introduziu no Brasil o regime de partilha de produção, o qual concebido a partir de modelos implementados internacionalmente desde a década de 1960⁵⁴. Contudo, ao fazê-lo, o Legislador Brasileiro adotou uma série de novidades que tornam o regime de partilha aqui adotado bem peculiar.

Entre as principais inovações ao modelo, podem se destacar a compulsoriedade da participação de uma empresa estatal na condição de operadora única da atividade exploratória e a composição do comitê operacional com metade das cadeiras dada a outra estatal que não participa com qualquer investimento ou serviço na exploração.

Contudo, existem também as inovações trazidas ao ordenamento brasileiro decorrente do próprio modelo padrão da partilha de produção, como a divisão do óleo extraído com a União, a criação de um Fundo composto pelas verbas obtidas pela exploração do óleo, entre outras.

Assim, buscar-se-á nesse momento uma análise pormenorizada das principais novidades trazidas pela Lei do Pré-Sal ao ordenamento jurídico pátrio, enfocando-se na comparação com o regime jurídico estabelecido na Lei nº 9.478/97 e nos interesses públicos atingidos pelas novas disposições.

⁵⁴ FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. *Problemas e inconsistências jurídicas do novo marco regulatório: a ótica dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da economia de mercado e do direito comercial*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 188.

4.1 A participação obrigatória da Petrobrás nos Consórcios de Exploração do Pré-Sal

Um dos pontos mais relevantes da Lei nº 12.351/2010 é, sem dúvida, a instituição da obrigatoriedade da participação da Petrobrás em todos os Consórcios para exploração e produção de petróleo na área do Pré-Sal sob o regime de partilha⁵⁵, devendo ter participação mínima de 30% (trinta por cento)⁵⁶ e ainda ser a operadora obrigatória da atividade⁵⁷.

Diferentemente da Lei nº 9.478/97, onde a Petrobrás concorre livremente com outras empresas para explorar as jazidas de petróleo que sejam de seu interesse, com o novo marco legal a estatal passa a ser obrigada a compor todos os consórcios que sejam vencedores para a exploração petrolífera na denominada área do Pré-Sal. Em outras palavras, para que qualquer consórcio possa operar na área do Pré-Sal, deverá ter obrigatoriamente em sua composição a Petrobrás com uma participação acionária não inferior a 30% (trinta por cento), independentemente da vontade ou interesse dos outros integrantes do consórcio ou da própria estatal.

⁵⁵“ Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobrás e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º desta Lei, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.”

⁵⁶ “Art. 10. Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências:

(...)

III – propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção:

(...)

c) a participação mínima da Petrobrás no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento);”

⁵⁷ “Art. 2º. Para fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

(...)

VI – operador: a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;”

“Art. 4º A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.”

Assim, independentemente de ter participado ou não do processo licitatório, a Petrobrás, pelo disposto na Lei, fica vinculada às normas da licitação e à proposta vencedora, sendo obrigada, inclusive, a arcar com a percentagem correspondente à sua participação no consórcio do pagamento do bônus de assinatura do contrato, bem como demais investimentos necessários e termos avençados⁵⁸.

O que se pode perceber é que a própria estatal estaria subordinada à obrigação de participação em projetos muito onerosos, mesmo que não sejam de seu interesse estratégico ou estejam fora de suas possibilidades financeiras. Nesse espectro, vislumbra-se o claro risco de se onerar demasiadamente uma empresa estatal que enfrenta sérias turbulências administrativas e financeiras com projetos que podem estar fora de seus interesses ou possibilidades econômicas.

Tal hipótese pode significar, num futuro onde estejam sendo exploradas diversas jazidas de petróleo na área do Pré-Sal concomitantemente, uma perda de produtividade da empresa, bem como perda de produtividade das próprias jazidas do Pré-Sal por colapso administrativo da operadora obrigatória estatal⁵⁹. Ademais, a vinculação dos consórcios à Petrobrás cria uma limitação das ofertas à capacidade técnico-econômica da estatal, o que pode significar perdas no excedente de óleo na produção⁶⁰, no valor do bônus de assinatura do contrato pago à União⁶¹, na própria quantidade de óleo extraído⁶² e,

⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer em consulta formulada pela Associação Brasileira das Agências Reguladoras, 2009. Disponível em http://www.abar.org.br/images/descricao_pareceres/parecer-pre-sal.pdf. Acessado em 08/11/2015.

⁵⁹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 307.

⁶⁰ A produtividade das jazidas de óleo do Pré-Sal será ditada pela capacidade tecnológica da Petrobrás na exploração, de modo que o consórcio estará refém da operadora obrigatória no que tange ao custo de produção do petróleo.

⁶¹ Uma vez que a estatal é componente obrigatória do consórcio, deverá arcar com a percentagem que lhe cabe dos investimentos na empreitada, incluído aí o pagamento do bônus de assinatura do contrato. Assim, dada a obrigatoriedade de a participação acionária da empresa ser de pelo menos 30% (trinta por cento), o valor do bônus de assinatura será limitado pela capacidade econômica da Petrobrás, que deverá pagar ao menos 30% (trinta por cento) da quantia. Dessa forma, a União terá o valor do bônus limitado pela situação financeira da

consequentemente, nas quantias percebidas pelo Estado a título de tributos e royalties⁶³.

Em relação ao bônus de assinatura, o paradoxo é ainda mais claro. Ao definir o valor referente ao bônus de assinatura no edital, a União terá que levar em conta que o quanto maior for o valor determinado, maior será o ônus que obrigatoriamente suportará a empresa estatal no momento da composição do consórcio vencedor. Por um lado, quanto maior o valor do bônus, maior o prejuízo sofrido pela empresa estatal, a qual tem como seu acionista principal a União. Assim, tendo prejuízo a empresa e se desvalorizando a Petrobrás, tem prejuízo a união. Por outro lado, quanto menor o valor do bônus de assinatura, menor será a arrecadação aos cofres públicos, o que claramente significa perda para a União. Como inexistente hipótese em que a Petrobrás não participe do consórcio, de qualquer maneira haverá sempre alguma perda ao erário. Não há como negar que existe uma séria incompatibilidade de interesses no próprio âmbito estatal.

Outro efeito, há que se destacar, é o comprometimento do próprio planejamento estratégico da Petrobrás, que deverá sempre ser feito levando em conta a possibilidade de ter parte considerável de seus recursos mobilizados para o adimplemento das obrigações decorrentes de sua participação acionária em consórcios para a exploração petrolífera no Pré-Sal, tanto os em atividade quanto os que possam futuramente surgir. Assim, caso seja anunciado pelo Poder o Executivo a realização de processo licitatório para exploração de petróleo na área do Pré-Sal, a estatal terá que refazer todo seu

estatal. Assim, quanto maior o bônus exigido pela Administração, maior será o prejuízo que a estatal terá que bancar.

⁶² Eventual sobredemanda da estatal pode causar problemas logísticos na exploração de óleo, como falta de pessoal, equipamentos, investimentos, etc. Tal problema poderá levar a atrasos no cronograma de extração de óleo, baixa produtividade por ausência de desenvolvimento e capacidade técnica da operadora e até mesmo desperdício de óleo por incapacidade de a empresa enquadrar a exploração de determinada jazida a seus objetivos políticos e estratégicos.

⁶³ Evidentemente, quanto menor a quantidade de óleo produzido, menor será a arrecadação tributária sobre a atividade e menor será a distribuição de royalties na Federação.

planejamento estratégico para adequar-se a obrigação de participar do consórcio que será formado para a exploração.

Tal questão poderá significar um verdadeiro caos administrativo para a empresa, que se verá impossibilitada de empreender projetos autônomos de importância estratégica para suas atividades por conta da onerosa participação obrigatória em todos os contratos de exploração petrolífera no Pré-Sal⁶⁴.

Ademais, o novel instituto cria uma vinculação entre o particular e a estatal, obrigando-os a se associarem para desenvolver a atividade econômica. Notadamente, tal associação obrigatória vai em direção oposta ao interesse público da livre iniciativa, consubstanciado nos art.1º, IV⁶⁵, e art. 170⁶⁶ da Constituição da República. Isso porque a Lei passa a se imiscuir na atividade econômica de modo a determinar com quem deve o particular se associar para desenvolver a exploração petrolífera, mesmo que isso implique em prejuízos potenciais em termos estratégicos e exploratórios a todos os interessados. De acordo com tal normativa, mesmo que as empresas privadas integrantes do consórcio possuam tecnologia tão eficiente quanto ou até mesmo mais eficiente que a da Petrobrás para explorar petróleo na área do Pré-Sal, deverão se obrigar a delegar à estatal brasileira o posto de operadora obrigatória.

Por outro lado, o poder regulador da própria Agência Nacional do Petróleo estaria comprometido com a instituição da Petrobrás como operadora única e obrigatória do consórcio. Ora, caso a estatal descumpra reiteradamente, ao longo da vigência do contrato de exploração, normas ou

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Impasses regulatórios do pré-sal e o plano de negócios da Petrobrás*. TN Petróleo, nº 93, p. 107, jan. 2014.

⁶⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

⁶⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”

diretivas técnicas de cunho operacional exigidas pela Administração, a ANP poderá apenas advertir a empresa e multar o consórcio, uma vez que a destituição da Petrobrás da posição de operadora obrigatória seria impossível, eis que a Lei estabelece justamente o caráter obrigatório de sua atuação na atividade. Se a Petrobrás fosse destituída da função de operadora, a ANP estaria afrontando o dispositivo legal e nenhuma outra empresa poderia assumir suas funções⁶⁷.

Em última instância, é claro, seria possível a rescisão do contrato de partilha de produção. Contudo, na celebração de um novo contrato para substituir o rescindido, ainda figuraria a obrigação legal da participação da estatal como operadora obrigatória. Portanto, a empresa punida seria novamente integrada ao negócio, mas agora em um novo Consórcio. Ao fim, os únicos realmente punidos seriam as demais empresas integrantes do primeiro contrato que seriam afastadas do negócio por falha na operação da exploração desempenhada pela Petrobrás.

Assim, percebe-se clara objeção ao poder estatal regulatório, estando a ANP agora limitada em sua atuação pela instituição da obrigatoriedade e unicidade operacional da Petrobrás.

Outro interesse público que não estaria sido atendido pela citada inovação legislativa seria o da sujeição das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas *strictu sensu* ao regime jurídico das empresas privadas, o qual está insculpido no §1º, II, do art. 173 da Carta Política de 1988⁶⁸. Tal

⁶⁷ QUINTAS, Humberto. Discurso de abertura do Fórum Contratos de Petróleo – Concessão versus Partilha: novas propostas para o Pré-Sal. In: QUINTANS, Luiz Cezar P. (coord). *Contratos de petróleo: concessão & partilha: propostas e leis para o Pré-Sal*. Niterói: B. Biz, 2011.

⁶⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

dispositivo busca, notadamente, uma liberdade de concorrência o maior possível que garanta um mercado equilibrado e competitivo onde o Poder Público não seja beneficiado simplesmente pela posição institucional ocupada em um terreno regido pela atuação particular.

Assim, mesmo na remota hipótese de se considerar vantajosa a instituição da Petrobrás como operadora obrigatória da exploração petrolífera no Pré-Sal, tal vantagem seria oposta ao interesse público constitucionalmente estabelecido de garantia de um mercado justo, equilibrado e competitivo. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273⁶⁹, clarificou o entendimento de que a estatal deve se submeter ao regime jurídico das empresas privadas, competindo igualmente com essas no âmbito de procedimentos licitatórios:

“(...)14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil.”

Ao determinar à estatal o papel de componente obrigatório da atividade exploratória no Pré-Sal, há também clara fuga ao interesse de se estabelecer a livre concorrência na ordem econômica nacional⁷⁰, uma vez que enquanto houver esse tratamento diferenciado em relação à empresa, a concorrência estará substancialmente limitada quanto à atividade.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

⁶⁹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864> Acessado em 08/11/2015.

⁷⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;”

A situação é tão esdrúxula que mesmo que a Petrobrás escolha integrar um consórcio que concorra no procedimento licitatório para a exploração por meio de partilha de produção e esse consórcio seja vencido por um outro, a estatal ainda assim fará parte do consórcio vencedor e explorará o bloco. Contudo, para as outras empresas essa possibilidade não existe, eis que o inciso IV, art. 16 da Lei veda expressamente que uma mesma empresa participe de mais de uma proposta na licitação de um mesmo bloco. O que a Lei faz, portanto, é conceder à Petrobrás uma verdadeira invencibilidade no processo licitatório dos contratos de partilha de produção, clara afronta à livre concorrência e à isonomia entre empresas estatais e privadas no âmbito econômico.

Dessa forma, a determinação legal da obrigatoriedade da participação da Petrobrás como operadora única e obrigatória não se coaduna com a persecução do interesse público, mas apenas com eventual persecução de interesses da máquina estatal, o que passa ao largo do fim precípua do Estado Brasileiro nos moldes constituídos em 1988.

Não obstante, a exigência da participação da Petrobrás nos consórcios para a exploração do petróleo no Pré-Sal como operadora obrigatória representa a perda de oportunidade de desenvolvimento do setor de exploração petrolífera nacional. Uma vez que a Petrobrás é instituída como operadora única e obrigatória de todos os consórcios, as empresas privadas voltadas à exploração petrolífera acabam por ser alijadas da atuação na rica área do Pré-Sal. Como consequência, o setor perde a chance de experimentar um momento de grande desenvolvimento técnico, expansão de postos de trabalho e desenvolvimento econômico.

Ao invés de significar uma chance de crescimento para toda a indústria de exploração de petróleo, o Pré-Sal importará apenas em concentração ainda maior da atividade no bojo da Petrobrás. Como resultado, o setor petrolífero nacional continuará a ser dominado por empresas estrangeiras e pela Petrobrás, inexistindo espaço para crescimento de empresas brasileiras privadas que possam competir significativamente no setor, gerar novos

empregos no país, desenvolver novas tecnologias e propiciar uma maior injeção de riqueza na economia nacional.

Por sua vez, não resta dúvida que uma indústria petrolífera brasileira mais fortalecida e competitiva propiciaria o aumento da participação de tais empresas nos empreendimentos não só nacionais, mas também internacionais, possibilitando uma maior entrada de riquezas no Brasil – direta e indiretamente – e também um inevitável aumento na mão-de-obra empregada pelo setor no país, tanto nas atividades-fim como nas atividades administrativas e subjacentes.

É por essa razão que a presença compulsória da Petrobrás como operadora única da exploração no Pré-Sal se mostra também destoante dos objetivos de aumento de empregos e da distribuição de renda na economia, ambos consagrados na Constituição da República⁷¹.

Por todo o exposto, impera concluir que a instituição pela Lei nº 12.351/2010 da Petrobrás como operadora única e obrigatória da exploração petrolífera na região do Pré-Sal parece não ter por fim os interesses públicos expressos pela Carta Constitucional, mas sim outros interesses que vão em direção oposta àqueles e que não se mostram condizentes com os objetivos do Estado Constituído em 1988. Parece, em verdade, por meio da utilização da empresa estatal, buscar o empoderamento da máquina administrativa, compulsando a imissão do Estado na atividade econômica com o objetivo de aumentar a participação dos controladores do aparato estatal no mercado, ignorando o interesse da coletividade no estabelecimento de uma ordem econômica baseada na livre iniciativa e na livre concorrência.

⁷¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;”

4.2. A Delimitação dos Blocos de Exploração

Mantendo o disposto na Lei nº 9.478/97, a Lei do Pré-Sal estabelece como objeto dos contratos de partilha de produção o chamado “Bloco”, definidos como

“parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural.”⁷²

A definição dos blocos tem por fim a individualização das áreas de exploração petrolífera, levando-se em conta características técnicas e geológicas da prospecção a ser realizada. Podem-se classificar os blocos de acordo com o grau de dificuldade e risco da exploração, custos exploratórios, quantidade de óleo e gás natural exploráveis, localização geográfica, qualidade do óleo, viabilidade econômica, entre outros quesitos⁷³.

Assim, pela alta relevância do teor técnico da exploração do petróleo, o natural é que a delimitação dos blocos de exploração fosse também uma escolha eminentemente técnica. Nesse sentido, a tarefa da definição de blocos deveria ser entregue ao ente regulador e fiscalizador especializado no setor petrolífero, ou seja, a ANP. E assim o era durante a vigência exclusiva da Lei nº 9.478/1997, a qual trazia na redação do parágrafo único do art. 23 a determinação de que caberia à ANP a definição dos blocos a serem objeto de contratos de concessão. São inúmeras as razões para a escolha óbvia da ANP como responsável pela definição dos blocos: a alta especialização da agência no setor petrolífero; a qualificação técnica dos servidores exigida em concurso

⁷² Lei nº 9.478/97, art. 6º, inciso XIII.

⁷³ ZYLBERSZTAJN, David e AGEL, Sonia. *A reforma do setor de petróleo de 1997: racionalidade, concepção e implementação*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 55 – 80.

público para diversas áreas de trabalho relacionados ao setor; a natureza autárquica da ANP, o que lhe confere maior autonomia e independência política; etc.

Contudo, a Lei nº 12.351/2010 revogou o dispositivo que dava à ANP a competência para delimitar os blocos de exploração e entregou a atribuição ao Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, conforme a nova redação do inciso VII, art. 2º da Lei nº 9.478/97⁷⁴. Com a nova Lei, à autarquia cabe agora apenas *“promover estudos técnicos para subsidiar o Ministério de Minas e Energia na delimitação dos blocos que serão objeto de contrato de partilha de produção”*⁷⁵. A redação também foi alterada na Lei nº 9.478/97, de modo que essa é a única atribuição da ANP em matéria de delimitação de blocos tanto no modelo de concessão quanto no modelo de partilha de produção.

Não obstante o suporte técnico dado à ANP ao CNPE, este último é um órgão substancialmente político, contrastando com o caráter primordialmente técnico da antiga responsável pela delimitação dos blocos. Não há como se esperar que um colegiado composto por 14 (quatorze) membros, sendo 9 (nove) Ministros de Estado nomeados e exonerados livremente pelo Chefe do Poder Executivo⁷⁶, vá tomar suas decisões apenas com base em questões técnicas.

A situação se agrava quando se constata que dentre os membros titulares do CNPE há responsáveis por pastas sem qualquer conexão técnica com o ramo do petróleo, como, por exemplo, o Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Além da óbvia falta de expertise da

⁷⁴ “Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

(...)

VIII - definir os blocos a serem objeto de concessão ou partilha de produção;”

⁷⁵ Art. 11, I, da Lei nº 12.351/2010

⁷⁶ De acordo com o Decreto nº 3.520/2000, integram o CNPE, dentre outros, os Ministros de Estado de Minas e Energia; da Ciência e Tecnologia; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda; do Meio Ambiente; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Casa Civil; da Integração Nacional; e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

maioria dos membros no setor, o CNPE é inevitavelmente atingido com mais vigor por interferências de interesses político-partidários canalizadas por meio de seus integrantes.

Neste ponto impende ressaltar que não se está a falar da competência quanto às decisões acerca da periodicidade das rodadas de licitação, do perfil dos Blocos que serão oferecidos em cada pleito ou da quantidade de Blocos oferecidos em cada rodada. Evidentemente que as decisões dessa natureza são representativas da estratégia energética nacional e, portanto, da total alçada do CNPE como ente predominantemente político. A discussão em tela se cinge ao processo de delimitação dos Blocos, seus limites, características, dimensões, quantidade de jazidas viáveis e outros aspectos afins.

Além do desperdício da capacidade técnica da ANP para a realização da tarefa, vislumbra-se também a real possibilidade de uma decisão de grande importância técnica ser tomada com base em questões diversas das operacionais. Em tal hipótese o risco é grave diante da possibilidade de perdas na produção petrolífera, de baixo interesse na exploração, de inviabilização das jazidas entre outras questões substancialmente técnicas.

A Lei do Pré-Sal, ao retirar a competência da delimitação dos blocos de exploração do ente técnico, especializado e regulador – a ANP-, e passá-la a um ente fundamentalmente político, sem expertise, mais volátil e influenciável por questões externas, afasta-se da busca pela eficiência administrativa. Nesse ponto cabe esclarecer que não se acusa o CNPE de estar delimitando os blocos de exploração sem levar em conta os quesitos técnico-operacionais, mas aponta-se o risco de paulatinamente serem tomadas decisões relativas à questão cada vez menos comprometidas com o caráter técnico e cada vez mais influenciadas por anseios diversos oriundos de interferências político-partidárias⁷⁷. O que se alerta é para a possibilidade real de uma perda de eficiência na gestão do petróleo nacional ao se retirar o processo decisório de um órgão técnico e autônomo e o passar a um ente político e absolutamente dependente.

⁷⁷ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 108.

Há que se ressaltar, por questão de justiça, que desde a promulgação da Lei do Pré-Sal o CNPE tem acatado todas as recomendações da ANP quanto à delimitação dos Blocos licitados, de modo que ainda não houve nenhum conflito que efetivamente colocasse em cheque a credibilidade quanto aos aspectos técnicos da delimitação Blocos. Todavia, apenas a curta experiência histórica não é garantia de que sempre será esse o *modus operandi* do CNPE, uma vez que a novel Lei lhe dá ampla abertura para rechaçar as sugestões da ANP e adotar critérios próprios para a delimitação dos Blocos de Exploração.

Ao abrir mão de um processo decisório em relação à delimitação dos blocos de operação mais técnico em relação a um processo menos técnico e com mais riscos, portanto, de falhas operacionais, é evidente que há um afrouxamento potencial em termos de eficiência da decisão administrativa, o que não parece condizente com o interesse público da busca pela máxima eficiência no bojo da Administração Pública, o qual insculpido no caput do art. 37 da Constituição de 1988⁷⁸. Ora, uma vez constatada a existência de um grande potencial de exploração petrolífera no país seria mais harmônico com a ordem constitucional que se buscasse mecanismos que aumentassem a segurança e a eficiência técnica da atividade, de modo a possibilitar um maior ganho decorrente da exploração do recurso público. Contudo, a Lei do Pré-Sal procura justamente fazer o contrário e dar caráter apenas subsidiário às questões técnicas, dando primazia às composições políticas do Poder Executivo.

Novamente, o que se vê é um ganho de poder da Administração e do administrador, mesmo que à custa de potenciais danos à coletividade, essa sim proprietária legítima do petróleo a ser explorado.

Por tal razão, pelo fato de a perda de tecnicidade na decisão da delimitação dos blocos para exploração do petróleo nacional trazer um incremento do risco potencial à operacionalidade da atividade, verifica-se que

⁷⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

mais essa novidade trazida pela Lei do Pré-Sal não parece buscar atender ao interesse público ao caminhar na direção oposta da eficiência administrativa.

4.3 A Composição do Comitê Operacional do Consórcio

De acordo com o art. 21 da Lei do Pré-Sal, a estatal Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA integrará o Consórcio na condição de representante dos interesses da União no contrato de partilha de produção firmado⁷⁹.

Assim, além da participação obrigatória da Petrobrás como operadora obrigatória da atividade, a nova estatal também comporá o Consórcio, participando do negócio mesmo sem fazer nenhum investimento ou assumir qualquer risco na atividade.

Nesse contexto, dentre as diversas novidades implementadas pela Lei nº 12.351, uma das mais peculiares é a composição do Comitê Operacional do Consórcio que explorará o bloco. Ao referido Comitê caberá a administração do Consórcio⁸⁰ e ele será composto por representantes da recém criada estatal Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA⁸¹ e dos demais consorciados – incluindo-se no consórcio sempre, é claro, a operadora obrigatória, Petrobrás.

No rol de atribuições do Comitê Operacional do Consórcio estão:

*“I - definir os planos de exploração, a serem submetidos à análise e à aprovação da ANP;
II - definir o plano de avaliação de descoberta de jazida de petróleo e de gás natural a ser submetido à análise e à aprovação da ANP;*

⁷⁹ “Art. 21. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º integrará o consórcio como representante dos interesses da União no contrato de partilha de produção.”

⁸⁰ “Art. 22. A administração do consórcio caberá ao seu comitê operacional.”

⁸¹ Empresa pública na forma de sociedade anônima criada pela Lei nº 12.304/2010 e cujo objeto é a gestão dos contratos de partilha de produção e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural.

III - declarar a comercialidade de cada jazida descoberta e definir o plano de desenvolvimento da produção do campo, a ser submetido à análise e à aprovação da ANP;
IV - definir os programas anuais de trabalho e de produção, a serem submetidos à análise e à aprovação da ANP;
V - analisar e aprovar os orçamentos relacionados às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção previstas no contrato;
VI - supervisionar as operações e aprovar a contabilização dos custos realizados;
VII - definir os termos do acordo de individualização da produção a ser firmado com o titular da área adjacente, observado o disposto no Capítulo IV desta Lei; e
VIII - outras atribuições definidas no contrato de partilha de produção.”⁸²

Caberá ao Comitê, em síntese, proceder todo o planejamento e a administração da exploração petrolífera, traduzindo-se em verdadeiro órgão diretivo do Consórcio formado.

Quanto à sua composição, a PPSA indicará metade dos integrantes do Comitê Operacional, inclusive o presidente do Comitê⁸³, o qual terá poder de veto e voto de qualidade no caso de empate em votações⁸⁴. Assim, mesmo participando do Consórcio com 0% (zero por cento) de investimento, a nova estatal deterá, na prática, o controle operacional quase absoluto.

De fato, com base no modelo de contrato de partilha de produção elaborado para o Leilão do Campo de Libra⁸⁵, as únicas decisões que podem ser tomadas sem a anuência da PPSA são as referentes ao encerramento antecipado da fase de exploração, aos planos de avaliação de descoberta e de

⁸² Art. 24 da Lei nº 12.351/2010

⁸³ “Art. 23. O comitê operacional será composto por representantes da empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º e dos demais consorciados.
Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º indicará a metade dos integrantes do comitê operacional, inclusive o seu presidente, cabendo aos demais consorciados a indicação dos outros integrantes.”

⁸⁴ “Art. 25. O presidente do comitê operacional terá poder de veto e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção.”

⁸⁵ Disponível em http://www.brazil-roun.gov.br/arquivos/Edital_p1/Contrato_autorizado_030913.pdf, p. 104-105. Acessado em 23/11/2015.

exploração, à aquisição de dados geológicos e geofísicos, à devolução parcial de áreas do contrato e à solicitação de prorrogação do prazo da fase de exploração. Contudo, se tais deliberações ocorrerem após a submissão de um Plano de Avaliação de Descobertas ao Comitê, novamente torna-se imprescindível a anuência da PPSA para a aprovação da proposta.

Evidentemente que é de se causar estranheza o fato de que uma empresa que não realizará investimento algum e, portanto, não correrá nenhum tipo de risco na empreitada, seja a responsável por tamanho peso nas decisões administrativas para a condução do projeto⁸⁶. Isso porque, mesmo no já questionado caso da participação obrigatória da Petrobrás nos Consórcios na condição de operadora, é inegável que há uma cooperação técnico-econômica oriunda de sua integração ao Consórcio. A Petrobrás efetivamente arcará com parte dos investimentos do empreendimento e se encarregará de dar cabo à sua operação. A PPSA, por outro lado, não acrescentará absolutamente nenhum ganho ao Consórcio, mas apenas se encarregará de aumentar ainda mais a imissão estatal na exploração petrolífera.

Frise-se, a PPSA não investirá um centavo sequer no Consórcio, não exercerá qualquer atividade de caráter técnico ou gerencial relacionada à operacionalização da exploração ou da produção do petróleo, mas mesmo assim será a responsável pela tomada das decisões administrativas.

Ora, não suficiente a Lei do Pré-Sal obrigar a associação entre as empresas interessadas em explorar petróleo na área do Pré-Sal e a Petrobrás, o novo marco legal obriga também as empresas a integrarem em seu negócio uma nova estatal, mesmo sem qualquer contrapartida por ela realizada, delegando-lhe ainda a direção e a administração do empreendimento.

O excesso da intromissão estatal na atividade exploratória contratada com o particular se mostra em descompasso com os interesses coletivos. Da

⁸⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer em consulta formulada pela Associação Brasileira das Agências Reguladoras, 2009. Disponível em http://www.abar.org.br/images/descricao_pareceres/parecer-pre-sal.pdf. Acessado em 08/11/2015.

mesma maneira que se verificou no caso da instituição da participação da obrigatória da Petrobrás nos Consórcios, a medida aqui em análise representa novo avanço em direção oposta à liberdade associativa e à liberdade de iniciativa, interesses públicos constitucionalmente eleitos. Querer obrigar os demais integrantes do Consórcio a acatarem decisões tomadas unicamente por um ente que não contribuirá com nenhum recurso no negócio, com o qual não houve nenhuma criação de afinidade comercial justificadora de seu ingresso na empreitada e delegar a tal ente a condução do empreendimento não parece se amoldar aos interesses públicos já aviltados pela participação obrigatória de outra estatal nos Consórcios.

O papel do particular parece ser de mero ente financiador da atividade, ficando à mercê das decisões administrativas tomadas pela PPSA e das operações realizadas pela Petrobrás. Apesar de contratar o particular para a realização da atividade, a Administração, na prática, direciona para si a tomada das decisões gerenciais e a atividade exploratória *strictu sensu*, sendo meramente subsidiário o papel delegado aos integrantes privados do Consórcio. Ao fim, a Lei nº 12.351/2010 parece querer implementar um modelo exploratório semelhante ao existente antes da vigência da Lei nº 9.478/97, onde o monopólio estatal na exploração do petróleo era absoluto e concentrado nas mãos do Estado, mesmo que ao arrepio da livre concorrência e da isonomia de tratamento entre empresas estatais e empresas privadas na exploração de atividades econômicas⁸⁷.

Ademais, quando se passa a analisar especificamente as atribuições instituídas ao Comitê Operacional, há um ponto específico que anseia por uma análise mais detida. O inciso VI, art. 24, da Lei do Pré-Sal, *supra*, atribui ao Comitê controlado pela PPSA a supervisão das operações exploratórias e dos custos operacionais. Assim, além de dirigir o empreendimento, o Comitê será

⁸⁷ FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. *Problemas e inconsistências jurídicas do novo marco regulatório: a ótica dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da economia de mercado e do direito comercial*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 179-199.

responsável também pela fiscalização das atividades. A incongruência é gritante.

Ao delegar ao Comitê Operacional a tarefa de fiscalizar as atividades que o próprio Comitê dirige e gerencia, a Lei do Pré-Sal cria uma situação de conflito de interesses totalmente evitável.

Em primeiro lugar, há um esvaziamento do papel do ente regulatório do setor, a ANP, a qual deveria ser a fiscal natural das atividades empreendidas no âmbito da exploração petrolífera. É evidente que a supervisão das atividades desenvolvidas pelo Consórcio contratado é própria da atividade reguladora do Estado, na medida em que busca a proteção aos interesses da coletividade na exploração de recursos públicos⁸⁸.

Em segundo lugar, a fiscalização empreendida pelo próprio Comitê parece uma espécie de autofiscalização, uma vez que o órgão estará responsável por fiscalizar atividades dirigidas e gerenciadas por ele próprio, o que pode comprometer inclusive a lisura do processo. Além de a ANP ser tecnicamente mais apta e juridicamente responsável por desempenhar a função de ente regulador-fiscalizador, o fato de se encontrar em posição externa à atividade fiscalizada inevitavelmente aumenta o grau de confiança na isenção da supervisão.

Verifica-se novamente uma mudança de instância decisória, no caso fiscalizatória, de um ente que, pelo menos em princípio, mais apto a agir de maneira isenta e técnica a um outro cujas capacidades parecem mais limitadas, o que leva a uma possibilidade real de perda de eficiência na atividade de supervisão, o que se distancia do interesse público que busca a eficiência na atuação administrativa e a também do interesse na efetiva regulação estatal por meio de fiscalização das atividades econômicas.

Os defensores da concentração da gestão da atividade nas mãos da PPSA alegam por, seu turno, a necessidade de se assegurar um melhor

⁸⁸ ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2015, 3ª edição p. 3.

exercício do monopólio estatal sobre o petróleo, de modo a assegurar o controle sobre o recurso com vistas à garantir a soberania nacional no setor⁸⁹. Todavia, se é esse o objetivo por trás dessa participação impositiva da PPSA na gestão da atividade, não há dúvida existem outras maneiras de se alcançar o mesmo fim de maneiras muito menos gravosas e ofensivas às liberdades associativa e de iniciativa e com lastro na legislação já existente.

Em primeiro lugar, a Lei da PPSA estabelece que caberá à estatal a venda da produção, não seu armazenamento ou estocagem, uma vez que seu objeto é a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo⁹⁰. Assim, a produção continuará a ser vendida, sendo a PPSA responsável apenas pela gestão dos contratos de comercialização e não pela construção de reservas em óleo que visem garantir a soberania e estabilidade do mercado nacional.

Em verdade, se o objetivo é permitir que o Estado controle melhor as reservas de óleo no mercado interno, tendo, para isso, a propriedade do óleo para compor estoques que possam garantir o preço e o abastecimento no mercado interno, seria suficiente e até mais eficaz que alterasse apenas a Lei do Petróleo para estabelecer que as participações especiais e royalties devidas à União sejam pagas em óleo⁹¹.

Ademais, no modelo geral de concessão, caso seja preciso efetuar o controle dos estoques e a estabilização da produção petrolífera nacional, há já mecanismos para a garantia da soberania nacional por meio da diminuição das exportações do recurso⁹², seja via previsão contratual, via Lei do Petróleo ou via ANP.

⁸⁹ Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 5.938/2009. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E84F8FA7179896F49B35C83D704F1FD.proposicoesWeb1?codteor=686063&filename=PL+5938/2009, p. 19-20. Acessado em 23/11/2015.

⁹⁰ Lei nº 12.304/2010: “Art. 2º A PPSA terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.”

⁹¹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 304.

⁹² QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 304.

Também em relação ao controle de estoque interno do petróleo com o objetivo de estabilizar preços e o abastecimento do mercado nacional, o próprio CNPE, responsável pelo estabelecimento das diretrizes do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis, pode impor ao concessionário, via ANP, que disponha do petróleo produzido em consonância com as necessidades de consumo interno constatadas⁹³.

Ainda quanto à garantia da soberania nacional no que tange ao consumo de petróleo, desde a 1ª Rodada de Licitações da ANP constam nos contratos de concessão que, uma vez declarada a necessidade emergencial de limitar exportações de petróleo para garantir o consumo interno, basta que a ANP notifique por escrito e com antecedência de 30 (trinta) dias o concessionário para que seja determinado que ele atenda às necessidades do mercado interno ou de composição de estoques estratégicos com o petróleo produzido⁹⁴.

Assim, observa-se que a suscitada necessidade garantia da soberania nacional por meio de maior controle das reservas de petróleo poderia ser muito bem atendida por simples reformas legislativas que determinem o pagamento de royalties e participações em óleo, bem como pela atuação do CNPE e da ANP em respeito ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e na elaboração dos contratos, não sendo necessária a criação de um novo regime jurídico com esse fim.

Pelas razões expostas, mostra-se problemática mais essa inovação trazida pela Lei nº 12.351/2010, sendo sua adequação aos interesses públicos muito improvável. Novamente, verifica-se uma opção legislativa com vistas a fortalecer os mecanismos de intervenção e controle da atividade pelo aparato administrativo, mesmo que impliquem em distanciamento dos interesses da coletividade. Não há uma persecução do interesse público democraticamente constituído, mas sim uma busca dos interesses administrativos eleitos pelos

⁹³ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 305.

⁹⁴ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 305.

detentores da Máquina Pública, o que não se coaduna com nosso paradigma estatal.

4.4. O Regime de Partilha da Produção

Não obstante a diversidade e complexidade dos novos institutos e práticas trazidas pelo Marco Regulatório do Pré-Sal, não é exagero dizer que a mais estrondosa inovação verificada foi a adoção do regime de partilha de produção, até então inédito no ordenamento pátrio.

Os contratos de partilha da produção petrolífera foram concebidos em meados de 1960 em países em desenvolvimento como Indonésia, Peru, Egito, Síria e Angola, e se diferenciavam pelo gerenciamento compartilhado das atividades de exploração, pela participação estatal nos resultados da produção e pela transferência de tecnologia ao país hospedeiro. Em comum a todos esses países pioneiros na implementação do modelo de partilha da produção, além da presença de regimes de governo totalitários, era a ausência de legislação voltada à regulamentação das atividades de exploração e produção de petróleo⁹⁵. Hodiernamente, o regime de partilha de produção é utilizado em larga escala em países como China, Índia, Líbia e Angola⁹⁶, onde igualmente persistem dúvidas acerca do caráter democrático dos governos. Conforme já mencionado, o regime de partilha de produção é caracterizado pela propriedade do petróleo ser da União, os custos da atividade exploratória serem compensados economicamente ao contratado (o chamado *cost oil*) e o

⁹⁵ FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. *Problemas e inconsistências jurídicas do novo marco regulatório: a ótica dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da economia de mercado e do direito comercial*. In GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). *Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 188.

⁹⁶ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 303.

lucro, em óleo, ser repartido entre a União e os partícipes do contrato (membros do Consórcio, excetuada a PPSA)⁹⁷.

No processo licitatório, o valor do bônus de assinatura é fixo, e vence a proposta que apresentar a oferta de maior excedente em óleo para a União, sendo estabelecido no edital um percentual mínimo a ser ofertado. A título de receitas governamentais, exige-se também o pagamento mensal de royalties com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor de toda a produção petrolífera, sendo o valor não incluído no cálculo do custo em óleo⁹⁸.

Como se pode notar, no referido regime a participação estatal sobre o total do petróleo produzido é muito considerável, somando-se a parcela do excedente em óleo, as receitas provenientes dos royalties e o valor do bônus de assinatura do contrato. Evidentemente que há aí clara pretensão arrecadatória do Estado, o que não se mostra absurdo numa primeira análise.

É natural que queira a União maximizar as receitas provenientes da exploração de um recurso pertencente à coletividade⁹⁹ e administrada por ela, sobretudo para posteriormente transformar tais receitas em retorno à sociedade na forma de serviços públicos. Parece, em princípio, buscar atender ao interesse público, portanto. Contudo, a eleição da modalidade da partilha da produção para alcançar o referido fim na exploração petrolífera na região do Pré-Sal não se mostra tão adequada.

⁹⁷ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 32.

⁹⁸ “Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais:

I - royalties; e

II - bônus de assinatura.

§ 1º Os royalties, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o [§ 1º do art. 20 da Constituição Federal](#), sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo.”

⁹⁹ Na condição de recurso natural, o petróleo é tido como bem da União, nos termos do inciso V do art. 20 da CF, sendo, portanto, atribuído a ele caráter público. Assim, como todo bem público, deve servir ao interesse da sociedade que constituiu esse Estado.

Em primeiro lugar, a associação comumente feita entre o modelo de partilha de produção a um baixo risco exploratório e um alto potencial de produção deve ser questionada. Prova disso é o fato de países como a Arábia Saudita, reconhecidos pela grande quantidade de petróleo e o baixo risco exploratório, optarem pelo modelo de concessão¹⁰⁰. O risco da atividade exploratória é inerente à atividade econômica e não pode ser motivador único da escolha do modelo de contrato a ser utilizado¹⁰¹.

Assim, mesmo sendo o paradigma do Pré-Sal o baixo risco exploratório e o alto potencial produtivo, o fato de as decisões administrativas serem ditadas por uma empresa estatal que não investirá um centavo no negócio e a imposição de uma outra estatal no Consórcio com participação mínima de 30% (trinta por cento) podem afugentar o interesse comercial dos investidores privados pela excessiva submissão ao Estado e às composições políticas que o regem.

É inevitável que a atratividade do empreendimento será severamente comprometida. Como resultado serão feitos leilões com baixa ou inexistente concorrência, como no caso do Leilão de Libra, onde houve um único consórcio participando da licitação, sendo entabulada a oferta mínima de excedente em óleo para a União.

O que se percebe é que, caso a intenção do Estado seja apenas arrecadatória, a adoção do regime de partilha de produção parece equivocada. Mesmo com o baixo risco do empreendimento petrolífero no Pré-Sal, persistem os altos custos da produção em grandes profundidades marítimas, de modo que talvez o modelo de concessão, feitos alguns ajustes pontuais, fosse o mais interessante.

A atratividade do modelo de concessão pela transferência da propriedade do petróleo ao concessionário, o que afastaria o receio do empresariado da grande submissão de suas atividades aos mandos estatais,

¹⁰⁰ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 303.

¹⁰¹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 303.

poderia ser conjugada com o incremento da arrecadação estatal por meio de redefinições de alíquotas dos royalties e das participações especiais¹⁰².

Por outro lado, há também que se discutir se o modelo de contrato de partilha está ou não autorizado pela Constituição Federal, haja vista a legalidade estrita como norte da atuação administrativa. Isso porque a Emenda Constitucional nº 6/1995, que permitiu a contratação de particulares para a pesquisa e lavra de recursos minerais, dispõe que a referida contratação somente poderá ser feita mediante autorização ou concessão da União¹⁰³. Dessa forma, poderia discutir-se se o modelo de partilha de produção, o qual em muito distinto da concessão, estaria ou não autorizado pelo texto constitucional.

Além do mais, o modelo de concessão leva em conta, quando da licitação, a melhor oferta em bônus de assinatura (o que significaria que, quanto maior a concorrência, maior a arrecadação estatal), e também o Programa Exploratório Mínimo – PEM.

Havendo maior atratividade para as empresas pela adoção do modelo de concessão na exploração do Pré-Sal, resultando em maior concorrência, portanto, a União teria a chance de arrecadar um valor maior a título de bônus de assinatura; poderia contar com uma produção mais eficiente de petróleo, regida pela proposta vencedora de PEM e ocasionando em arrecadação maior de royalties; e poderia ainda continuar a incentivar o desenvolvimento nacional por meio da garantia de fomento à economia insculpida no critério do Conteúdo

¹⁰² QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 304.

¹⁰³ “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.”

Local – este último interesse público expresso no inciso IX do art. 170 da CF¹⁰⁴, fugindo também de qualquer dúvida acerca da constitucionalidade do regime adotado.

Percebe-se, portanto, que inclusive do ponto de vista arrecadatário, a adoção de um modelo de exploração como o de partilha de produção, em se tratando de atividade exploratória de alto custo, não parece vantajoso à coletividade. O preço pago pelo controle estatal da exploração petrolífera parece muito alto, reduzindo substancialmente o retorno à sociedade dos produtos da exploração do recurso natural.

4.5. A Instituição do Fundo Social

Outro ponto de grande repercussão trazido pela Lei nº 12.35/2010 foi a implementação do chamado Fundo Social - FS com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social¹⁰⁵. Tal fundo, nos termos da Lei, será constituído por recursos oriundos do bônus de assinatura dos contratos de partilha de produção, dos royalties cabidos à União, da comercialização da parcela do excedente em óleo destinada à União, dos

¹⁰⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

¹⁰⁵ “Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento:

I - da educação;

II - da cultura;

III - do esporte;

IV - da saúde pública;

V - da ciência e tecnologia;

VI - do meio ambiente; e

VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.”

resultados das aplicações financeiras feitas pelo próprio FS bem como de outros recursos destinados por lei¹⁰⁶.

Tal Fundo Social encontra paralelo claro no modelo norueguês implementado em 1990. Por meio do Fundo Norueguês são feitos investimentos em diversos setores da economia mundial, principalmente em negócios de baixo risco, sendo os retornos de tais investimentos aplicados principalmente em programas de bem-estar social em todo o país¹⁰⁷.

Assim, na medida em que se constitui em um mecanismo capaz de canalizar as receitas obtidas com a exploração do recurso natural em prol da sociedade, a instituição do FS se mostra novidade muito promissora trazida pela nova legislação. Por meio de tal Fundo poderão ser incrementados os investimentos em áreas socialmente sensíveis como a educação, a cultura e a tecnologia, o que claramente se coaduna com os interesses públicos constitucionais que buscam garantir direitos sociais à população¹⁰⁸.

O Fundo Social funcionaria também como uma espécie de poupança do petróleo extraído do Pré-Sal, garantindo o bem-estar de gerações futuras pelo investimento de suas receitas em programas de desenvolvimento social que

¹⁰⁶ “Art. 49. Constituem recursos do FS:

I - parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao FS pelos contratos de partilha de produção;
II - parcela dos royalties que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma do regulamento;
III - receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei;
IV - os royalties e a participação especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;
V - os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e
VI - outros recursos destinados ao FS por lei.”

¹⁰⁷ Disponível em <http://www.noruega.org.pt/ARKIV/facts/economy/policy/pensionfund/#.Vk0CvvmrSzc> Acessado em 16/11/2015.

¹⁰⁸ CF: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

garantam melhores condições para a coletividade mesmo após o esgotamento das reservas petrolíferas.

Contudo, para que seja operacionalizada a utilização do Fundo Social, bem como sua gestão, é necessário que seja feita a regulamentação pelo Poder Executivo das regras a serem aplicadas. Por isso, ausente a necessária regulamentação do FS, as receitas relativas ao contrato de partilha de produção do Campo de Libra destinadas ao Fundo estão paradas. Assim, a verba que deveria ser utilizada como uma espécie de poupança da exploração do petróleo do Pré-Sal e direcionada ao atendimento de interesses e necessidades públicas já bem conhecidas, encontra-se retida e imobilizada por inércia administrativa¹⁰⁹. Além da indisponibilidade dos recursos para sua aplicação imediata em programas sociais, a ausência de regulamentação impede também que as verbas sejam aplicadas em investimentos que possam lhe acrescer, o que é também de clara pertinência em termos de eficácia na gestão do bem público.

De nada adiantará uma destinação vultuosa de recursos para um Fundo destinado a otimizar as receitas obtidas pela exploração do bem público em prol da sociedade se tais recursos continuarem indisponíveis para a utilização a que foram destinados.

O comprometimento da efetividade do FS pela ausência de regulamentação é tamanho que, talvez, a arrecadação tradicional das receitas oriundas da exploração no Pré-Sal fosse mais vantajosa e útil se realizada nos moldes comuns, sendo os valores destinados diretamente ao erário, e não a um Fundo Social específico.

Isso porque inexistiria o problema da imobilização das verbas até a criação de regulamento específico, as quais entrariam no orçamento público diretamente e seriam reguladas por meio das regras comuns do direito financeiro, bastando que fossem vinculadas tais receitas às áreas e programas de interesse por meio de instrumento legal.

¹⁰⁹ Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-06-17/sem-regulamentacao-fundo-social-do-pre-sal-retain-verbas-de-educacao-e-saude.html> Acessado em 23/11/2015.

Portanto, mesmo nesse instituto de grande potencial de atendimento ao interesse público, a inércia administrativa trava o seu aperfeiçoamento e sua concretização, de modo que, na situação atual, a efetiva persecução do interesse público é frustrada.

4.6. A abrangência da aplicação da Lei

Por derradeiro, outra questão introduzida pela Lei nº 12.351/2010 que merece detida atenção é o âmbito de aplicação da referida legislação. Segundo o Art. 1º da Norma, a Lei. *“dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas”*. Da leitura do dispositivo não resta dúvidas que o regime diferenciado para a exploração petrolífera trazido pela Lei tem como áreas de incidência a chamada região do Pré-Sal e demais áreas estratégicas. Assim, nas demais regiões onde haja reserva de petróleo explorável continuará a se aplicar o regime geral da Lei nº 9.478/97.

Apesar de se discordar, como já dito, veementemente da escolha legislativa por um novo modelo de contratação para a exploração do petróleo na área do Pré-sal, é compreensível a intenção do Legislador em, dado o grande potencial produtivo das reservas, buscar uma tutela diferenciada para a gestão do recurso natural lá localizado. Portanto, apesar das críticas tecidas, é cristalino que a Lei nº 12.351/2010 tem por objetivo claro dar um tratamento diferenciado para a exploração petrolífera na área do Pré-Sal.

Como também já mencionado à exaustão, a implementação desse novo regime de contratação apresenta grandes diferenças em relação ao modelo padrão da concessão exploratória. O regime introduzido pela Lei do Pré-Sal tem como características uma intervenção maior do Estado na atividade exploratória, o alinhamento obrigatório entre o particular e as estatais (PPSA e Petrobrás) para a exploração, a administração e o gerenciamento do empreendimento feito sempre pela PPSA, a obrigatoriedade da Petrobrás

como operadora única da exploração, a propriedade do óleo pelo Poder Público e divisão do produto da exploração entre o Consórcio contratado e a União. Assim, não há dúvidas que tal modelo é deveras mais oneroso ao particular, dada a presença maciça do Estado nas tomadas de decisão, na operação de exploração e na divisão dos dividendos em óleo.

Contudo, o termo “*áreas estratégicas*” presente no citado art. 1º da Lei pode representar uma expansão desenfreada da adoção desse regime largamente intervencionista e restritivo a outros contrato, mesmo que localizados fora da região do Pré-Sal.

Isso porque o inciso V do art. 2º da mesma Lei nº 12.351/2010 define área estratégica como “*região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos*”.

Ou seja, basta que o Poder Executivo discricionariamente delimite certa região que defina ser de interesse para o desenvolvimento nacional, alegue ser elevado o potencial de produção de petróleo e baixos os riscos exploratórios ali e poderá aplicar o regime da Lei do Pré-Sal integralmente. Em síntese, por meio de ato discricionário, o Poder Executivo poderá escolher livremente qual marco legal utilizará para reger a atividade de exploração de petróleo em determinada região, tendo como único parâmetro o baixo risco exploratório e a alta potencialidade da jazida, fatores que são declarados pelo CNPE, órgão político vinculado ao Executivo.

Ora, não parece adequar-se ao interesse público consistente na vinculação das decisões administrativas à letra estrita da lei, também chamado de legalidade estrita, que o detentor do Poder Público tenha a liberdade de verdadeiramente escolher para cada caso qual legislação irá aplicar para reger a atividade exploratória. Com tal permissivo, é possível que duas jazidas de petróleo localizadas fora do Pré-Sal e com condições geológicas de exploração idênticas recebam uma tutela legal distinta caso o Poder Executivo discricionariamente delimite uma delas como área estratégica.

Conferir tamanha liberdade ao Poder Executivo, permitindo que ele escolha, sob o prisma indecifrável do “interesse para o desenvolvimento nacional” – conceito que pode abarcar qualquer interesse da Administração - ,qual regime jurídico será aplicado para cada caso de exploração petrolífera é, no mínimo, teratológico em nosso atual paradigma constitucional.

Além do mais, tal liberdade de escolha dada ao Poder Executivo se mostra ainda mais ofensiva ao interesse público quando rememoramos o fato de o regime da Lei d Pré-Sal ser muito mais oneroso ao particular, comportando uma série peculiar de limitações e imposições feitas pelo Poder Público ao longo do empreendimento. Assim, a limitação ao âmbito de aplicação da citada Lei deveria ser bem delineada, sob risco de fuga também à moralidade administrativa.

Vale lembrar que a justificativa para a adoção de um novo marco legal para a exploração do petróleo na área do Pré-Sal se justificou pela riqueza peculiar do recurso natural naquela região. Contudo, a expansão do âmbito de aplicação da legislação à áreas de exploração fora da região do Pré-Sal vai em sentido contrário à legalidade estrita que se espera da Administração. Não é tolerável que fique o particular totalmente à mercê dos desígnios do Poder Executivo, não tendo segurança sequer em relação a qual será o marco legal aplicável à atividade que deseja explorar.

Novamente o que se vê é uma medida que busca concentrar ao máximo a gestão da atividade econômica na esfera política, buscando atender aos anseios arbitrários dos detentores da Máquina Pública, o que, como já defendido, não é admitido como interesse público sob a égide da Constituição Federal de 1988.

5. CONCLUSÃO: AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DO PRÉ-SAL VISAM A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO?

Conforme exposto, as inovações trazidas pela Lei nº 12.351/2010 rompem com o modelo padrão do contrato de concessão da Lei nº 9.478/97 e submetem o particular interessado em explorar petróleo na área do chamado Pré-Sal – ou até mesmo fora dela, no caso das áreas estratégicas – a uma série de restrições e imposições para a atividade, não obstante os já altos custos do negócio decorrentes das características operacionais da região.

A excessiva intromissão estatal em todas as etapas do negócio, a criação de mecanismos de concentração de poder e gestão em entes menos técnicos e mais políticos, a inércia administrativa entre outras questões mitigam sobremaneira a atratividade das jazidas do Pré-Sal e parecem implicar em grande perda de potencial econômico da atividade. Não obstante o monopólio da União sobre a atividade petrolífera, a flexibilização dada por meio de emendas à Constituição para a exploração do setor por particulares não pode ser encolhida pelas inovações da Lei nº 12.351/2010.

Indicativo do alegado é o resultado do 1º Leilão do Pré-Sal, realizado em outubro de 2013. Apesar do anúncio do grande potencial produtivo do campo de Libra, apenas um Consórcio concorreu no processo licitatório, vencendo com a oferta mínima de percentual do excedente em óleo.

Como razões para a baixa atratividade do 1º Leilão, apontam-se, principalmente, os elevados custos de investimento no campo e a incerteza acerca das exatas taxas de retorno; a interferência da PPSA no Consórcio, controlando de fato o Comitê Operacional; a imposição da Petrobrás como operadora única do empreendimento entre outras e a instabilidade do mercado do petróleo em decorrência de movimentos insurgentes ao redor do mundo árabe¹¹⁰.

¹¹⁰ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Manual de direito do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2015 p. 306 - 310.

Em verdade, todos os problemas apontados ao longo do trabalho já direcionavam-se para uma inevitável pecha de incertezas e receios sobre o regime legal de exploração petrolífera na região do Pré-Sal. Além de reduzir o interesse dos investidores na atividade, a Lei do Pré-Sal institui uma série de medidas que se afastam de interesses públicos insculpidos no texto da Constituição da República em benefício de um incremento na concentração das decisões no âmbito administrativo.

Para o aumento do poder dos entes políticos, contudo, procedeu-se a uma série de medidas que violentam a coletividade e o próprio potencial de aproveitamento do petróleo do Pré-Sal em prol da sociedade. É esse o preço pago para atender aos anseios dos componentes políticos da Administração por mais controle e poder decisório no setor petrolífero.

Ao optar pela criação de todo um novo regime para a tutela dos contratos de exploração petrolífera no Pré-Sal em detrimento do regime já aplicado no país, o Legislador acabou por criar uma série de novos elementos que pareceram mais com um retrocesso do que um avanço na atratividade e produtividade do setor.

Como dito, a instituição da Petrobrás como operadora obrigatória e o controle do Comitê Operacional pela PPSA se mostram em direção oposta a interesses públicos como o da livre associação, livre iniciativa, livre concorrência, regulação estatal da economia e paridade de armas entre empresas estatais e empresas privadas no desempenho de atividades econômicas. Tudo isso sob o argumento de garantia de uma soberania nacional quanto ao petróleo que poderia ter sido providenciada sem tantos custos em termos de interesses públicos constitucionais e ainda sob o paradigma geral dos contratos de concessão.

Já em relação à competência para a delimitação dos Blocos, seu deslocamento do ente técnico regulador para o ente político executivo se comprovou grande risco de perda de eficiência na tomada da decisão, o que claramente se afasta do interesse público da eficiência da gestão administrativa.

Por sua vez, a criação de um regime de contratação não previsto na Carta Constitucional pode significar fuga ao interesse público da legalidade estrita da atuação administrativa, além de impor uma associação desnecessária do perfil do risco exploratório com o modelo de contrato adotado que não parece ter atraído o interesse dos investidores, fugindo novamente do interesse na máxima eficiência na gestão dos bens públicos.

Em relação à implementação do Fundo Social do Pré-Sal, há que se reconhecer seu potencial atendimento à diversos interesses públicos, de modo que nos compulsa afirmar seu caráter promotor de interesses coletivos, Contudo, a inércia administrativa na regulamentação do FS tem acabado por atribuir a ele um resultado exatamente oposto ao concebido, imobilizando receitas obtidas e impedindo sua utilização em prol da sociedade.

Por fim, a abrangência do âmbito de aplicação da Lei do Pré-Sal por meio das chamadas “áreas estratégicas” representa grande perigo de se submeter o particular a um quase arbítrio administrativo na definição de qual o modelo aplicável a cada jazida de petróleo, sendo as amarras estabelecidas pela Lei submetidas a definições dadas pelo próprio Poder Executivo, o que parece fomentar insegurança na condução da atividade econômica, o que se opõe ao interesse público do desenvolvimento econômico.

Assim, aumentar o poder e a arbitrariedade do Poder Público para conduzir o futuro do país como queiram as composições político-partidárias dominantes não se confunde, em absoluto, com o conceito democrático de interesse público.

Mesmo acreditando-se na boa intenção do legislador quando da promulgação da Lei do Pré-Sal, é inegável que o novo marco legal remeteu o setor a uma situação mais gravosa e mais suscetível aos desejos da administração do que a experimentada sob a vigência absoluta do regime da Lei nº 9.478/97.

Portanto, por estar claro que a maioria esmagadora das inovações trazidas pela Lei do Pré-Sal caminhar em sentido oposto ao dos interesses

públicos constitucionalizados e na direção dos interesses exclusivamente dos administradores, não se pode falar que a promulgação da Lei nº 12.351 foi feita com vistas a perseguir os interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório**. 3 Ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.

ARÁUZ, Luis Alberto. **Derecho petrolero ecuatoriano**. Quito – Equador, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coordenadores). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público**. Revista Fórum de Direito Administrativo, ano 13, n. 148 jun/2013.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In *Interesse Público*, nº 11. Porto Alegre: Notadez, p. 42-73, julho de 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição da República de 16 de julho de 1934**.

_____. **Constituição da República de 10 de novembro de 1937**.

_____. **Constituição da República de 18 de setembro de 1946**.

_____. **Constituição da República de 1967**.

_____. **Constituição da República de 1988**.

_____. **Lei nº 12.351 de 22 de dezembro de 2010**.

_____. **Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997**.

_____. **Lei nº 12.304 de 2 de agosto de 2010**.

_____. **Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 5.938/2009**, Câmara dos Deputados.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Parecer em consulta formulada pela Associação Brasileira das Agências Reguladoras**, 2009.

COSTA MOURA, Emerson Affonso da. **Um Fundamento do Regime Administrativo: o princípio da prossecução do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FISCHGOLD, Bruno. **Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GIAMBIAGI, Fábio e LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Organizadores). **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Poder de Polícia e Segurança Nacional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 61, n. 445 p. 288-289, 1972

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As categorias de interesse na constituição de 1988** in Revista Forense, n 37, v. 85, 1989.

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Manual de direito do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. (coord). **Contratos de petróleo: concessão & partilha: propostas e leis para o Pré-Sal**. Niterói: B. Biz, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Impasses regulatórios do pré-sal e o plano de negócios da Petrobrás**. TN Petróleo, nº 93, p. 107, jan. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

VALOIS, Paulo (organizador). **Temas do direito do petróleo e do gás natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.